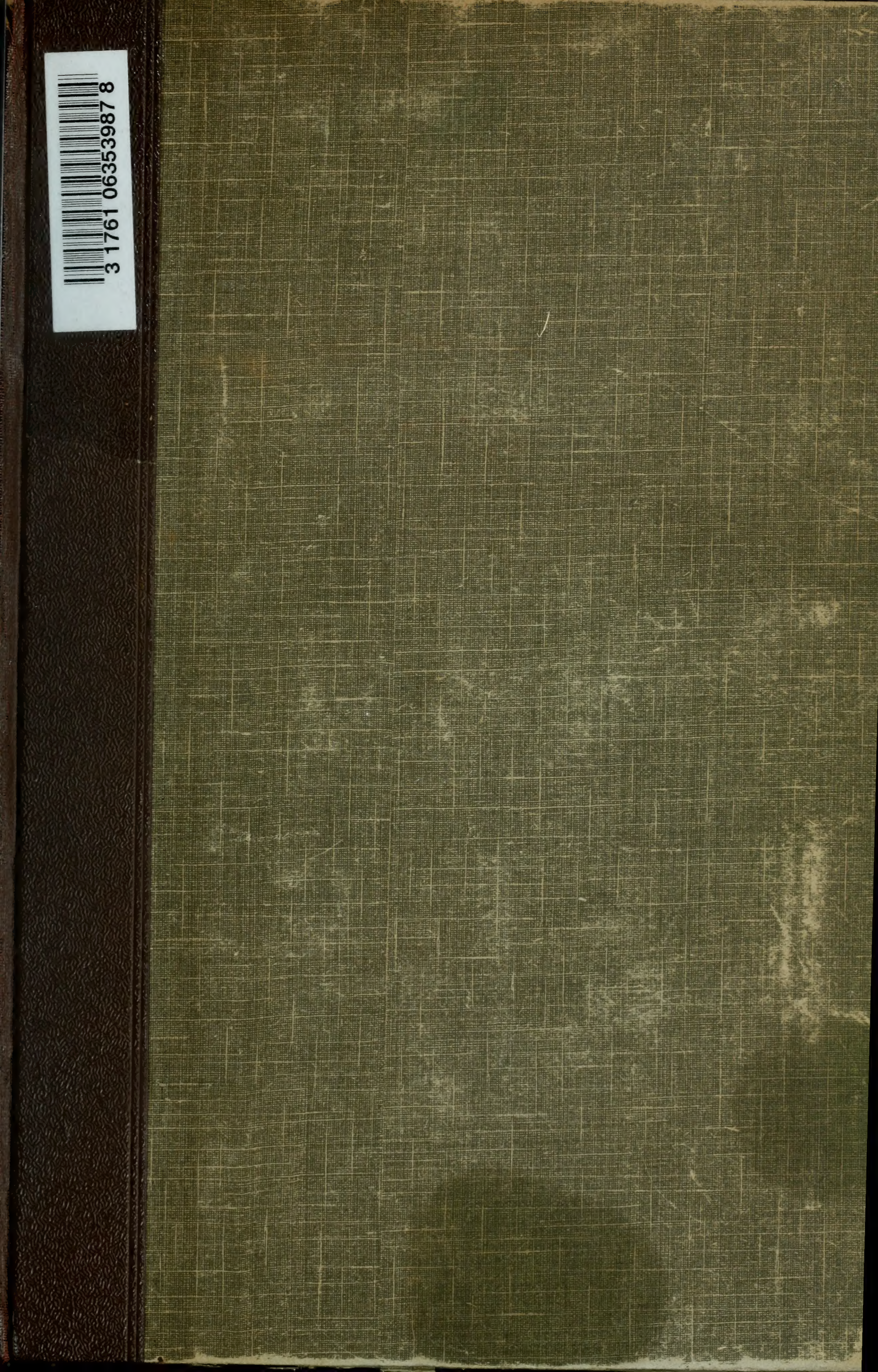


Enzyklopädie der Rechtswissenschaft

in systematischer Bearbeitung.

Begründet von

Dr. Franz von Holtzendorff.

Herausgegeben von

Geh. Justizrat Dr. Josef Kohler
ordentlicher Professor der Rechte in Berlin.

Unter Mitwirkung von:

G. Anschütz • L. v. Bar • E. v. Beling • E. Blume • H. Brunner • G. Cohn
K. Crome • H. Dietz • F. Dochow • E. Dorner • K. Flesch • B. Freudenthal
J. Gerstmeyer • O. v. Gierke • P. Heilborn • E. Heymann • Fr. Hiller • L. Laß
O. Lenel • A. Osterrieth • E. Rabel • P. Schoen • G. Strutz • U. Stutz
H. Trumpler • K. v. Unzner • F. Wachenfeld • M. Wolff.

Siebente, der Neubearbeitung zweite Auflage.

Zweiter Band.





Verlag von

Duncker & Humblot
München u. Leipzig.

und

J. Guttentag, Verlagsbuchhdlg.
G. m. b. H. Berlin W 10.

1914.

Altenburg
Piererſche Hofbuchdruckerei
Stephan Geibel & Co.

Inhalt.

1.

Bürgerliches Recht

von

Professor J. Kohler
in Berlin.

Inhalt.

Einleitung.

§ 1 [1]. Durch das BGB. ist die langjährige Sehnsucht unseres Volkes nach einem einheitlichen kodifizierten Rechte endlich in Erfüllung gegangen. Mit dem 1. Januar 1900 ist damit eine neue Epoche unseres Rechtslebens angebrochen. Nicht nur war unser bisheriges Recht ge-

[1] Die Literatur ist, wie sich bei der Neuheit und Schwierigkeit des Gebietes erklärt, zum guten Teil Kommentarliteratur, die teilweise recht Ersprießliches, teilweise aber auch manches sehr Ungereifte zutage gefördert hat. Über den zu Ende gediehenen Planck schen Kommentar vgl. meine Charakteristik im Juristischen Literaturblatt 1902 S. 268 f. Von den Lehrbüchern möchte ich das von Dernburg (dessen sechsten Band ich teilweise aus Dernburgs Manuskripten, zum großen Teil aber selbst bearbeitet habe) und das noch nicht vollendete von Crome besonders nennen. Meine 12 Studien zum BGB. im Archiv f. bürgerl. R. sind im Sonderabdruck erschienen I (1900) II (1909). Von meinem Lehrbuch ist Teil I und II erschienen; Teil III (Familienrecht) erscheint demnächst (zitiert Lehrbuch). Von Enneccerus' Lehrbuch sind die Teile, welche Martin Wolff bearbeitet hat, besonders hervorzuheben. Im übrigen gebe ich folgende bibliographische Notizen:

J. v. Staudingers Komm. z. BGB. u. d. EinfGes., hrsg. v. Th. Loewenfeld, L. Kuhlenbeck, Th. Engelmann, E. Riezler, K. Kober u. F. Herzfelder. Bd. I Allg. Teil Erl. v. Loewenfeld u. Riezler. Bd. II R. d. Schuldverh. Erl. v. Kuhlenbeck. Bd. III SachenR. Erl. v. Kober. Bd. IV FamilienR. Erl. v. Engelmann (5/6. A. 1910). Bd. V ErbR. Erl. v. Herzfelder (5/6. A. 1911). Bd. VI/VII Einf.Ges. Erl. v. Kuhlenbeck u. GesamtReg. bearb. v. Keidel (5/6. A. 1911).

G. Planck, BGB. n. EinfGes. erl. in Verb. mit A. Achilles, F. André, M. Greiff, F. Ritgen, O. Strecker, E. Strohal, K. Unzner. I. 1903; II. 1907; III. 1906; IV. 1906; V. 1908; VI. 1905; VII. (Register) 1908.

Heymanns Komm. z. BGB. Bd. I Allg. Teil; 2., vollst. umgearb. Aufl. (d. Komm. v. Gareis) von P. Oertmann 1908. Bd. II: R. d. Schuldverh. von P. Oertmann 1910. Bd. III: SachenR. von J. Biermann 1902. Bd. IV: FamilienR. von O. Opet u. W. v. Blume 1906. Bd. V: ErbR.; 2., vollst. neu bearb. Aufl. (d. Komm. v. G. Frommhold) von F. Leonhard 1912. Bd. VI: EinfGes. 2. Aufl. von A. Niedner 1901.

Weitere Kommentare: Gesetzbuch, Das Bürgerliche, m. bes. Berücks. d. RSprechg. d. RG. Erl. v. d. GRRäten G. Hoffmann, Brückner, Erler, Burlage, Busch, Ebbecke, Riehl, Schaffeld u. Schmitt, 2 Bde. 1910. — Neumann, H., Handausg. d. BGB.; 6., verm. u. verb. Aufl., 3 Bde. 1912. — Kuhlenbeck, L., Das BGB. f. d. DR. Im Auftr. d. Anwaltvereins erl. 2. Aufl. 3 Bde. 1902/04. — Türcke, R., K. Riedenführ u. P. Winter, Das Bürg. R. 3. Aufl. 3 Bde. 1911. — Becks Komm. z. BGB. Bd. I: Allg. Teil v. E. Hölder 1900; Bd. II: R. d. Schuldverh. v. F. Schollmeyer, 1. Hälfte, Allg. Teil 1900; Bd. IV: FamilienR., Teil I: Die bürg. Ehe v. A. B. Schmidt 1907, Teil III: Das VormundschaftsR. v. A. Fuchs 1909. — Rehbein, H., Das BGB. Mit Erl. Bd. I u. II 1898—1903. — Wolf, B., Das BGB. Handkomm., 2. Aufl. 1912.

Textausgaben mit Anmerkungen. Fischer, O. u. W. Henle, BGB. 9. Aufl. 1912. — Achilles, A. u. M. Greiff, BGB. 7. Aufl. 1912. — (Der kleine Staudinger) F. Keidel, BGB. auf Grund von J. v. Staudingers Komm., 1. Aufl. 1912.

Systematische Darstellungen. Cosack, K., Lehrb. d. deutsch. bürg. R., 2 Bde., 5. Aufl. 1910/12. — Crome, C., System d. deutsch. bürg. R., 5 Bde., 1900/12. — Dernburg, H., Das bürg. R. d. DR. u. Preuß., 6 Bde. Bd. I: 3. Aufl. 1906; Bd. II: Abt. 1, 4. Aufl. 1909; Bd. II: Abt. 2, 3. Aufl. 1906; Bd. III: 4. Aufl. 1908; Bd. IV: 4. Aufl. 1908; Bd. V: 3. Aufl. 1911; Bd. VI (Urh.-, Patent-, ZeichenR., VersicherungsR. und RVerfolg.), vollendet von J. Kohler 1910. — Endemann, F., Lehrbuch d. bürg. R. Bd. I: Einl., Allg. Teil R. d. Schuldverh., 9. Aufl. 1903; Bd. II: Abt. 1, SachenR., 9. Aufl. 1905; Bd. II: Abt. 2, FamilienR., 9. Aufl. 1908; Bd. III: ErbR., 7. Aufl. 1900. — Enneccerus, L., Th. Kipp u. M. Wolff, Lehrb. d. bürg. R. Bd. I: Allg. Teil u. R. d. Schuldverh.; Bd. II: Abt. 1, SachenR. v. M. Wolff; Bd. II: Abt. 2, FamilienR. v. Th. Kipp u. M. Wolff; Bd. II: Abt. 3, ErbR. v. Th. Kipp. — Goldmann, E., L. Lilienthal u. L. Sternberg, Das BGB. syst. dargestellt. Bd. I: Allg. Tl. u. R. d. Schuldverh., 2. A. 1903; Bd. II: SachenR. 1905/12.

Lehrbücher. Kohler, J., Lehrbuch d. bürg. R. Bd. I: Allg. Teil 1906; Bd. II: VermögensR. Teil 1, SchuldR. 1906. — Tuhr, A. v., Allg. Teil d. deutsch. bürg. R. Bd. I: Allg. Lehren u. PersonenR. 1910 (aus Bindings Hdb. d. deutsch. RWiss.).

teilt, zerstückelt, nicht nur trug unser bisheriger Rechtszustand die Keime der Entzweiung in sich, was sich schon darin kundgab, daß die Gebiete des französischen Rechtes sich in ihren wissenschaftlichen Bestrebungen nach Frankreich hin neigten, während das Preußische Landrecht nicht imstande gewesen war, eine weitschauende Jurisprudenz zu entwickeln, die sich einigermaßen mit der Lehre des Code Napoléon messen konnte. Auf der anderen Seite war die Romanistik im 19. Jahrhundert unserem Rechtsleben geradezu gefährlich geworden; denn während frühere Perioden sich das römische Recht assimilierten und ihrem Wesen anpaßten, sollte es jetzt so gelten, wie es sich in Rom entwickelt hatte, und so, wie es Justinian festgesetzt, sollte es bei uns Gesetzeskraft haben. Die guten Zeiten der Postglossatoren, bei denen das deutsche Recht in das corpus juris hineinfloß, und die guten Zeiten des usus modernus pandectarum, welche sich in kräftiger Weise mit dem römischen Rechte abfanden, waren dahin. Anstatt daß man das corpus juris nach unseren Gedanken interpretierte, interpretierte man es jetzt nach seinen eigenen Gedanken. Man lernte das reine römische Recht kennen, und Männer wie Vangerow glaubten in schrecklicher Verblendung, auch noch für das 19. Jahrhundert das reine römische Recht als geltendes Recht verteidigen zu können, und in Windscheid fand das Bestreben, möglichst das reine römische Recht in scholastischer Weise zu einem gegliederten Denkabschluß zu bringen, seine letzte Entwicklung. Ein weiteres Walten des römischen Rechtes wäre für uns alle verderblich gewesen. Was wir vom Standpunkte unserer modernen Zeit, unseres modernen Rechtsbewußtseins und unserer eigenen schöpferischen Kraft aufstellten, wurde mit dem Satze niedergeschmettert: das finde sich nicht im corpus juris, und es sei nicht unser Amt, Recht zu schaffen, noch weniger könnten wir unserem Rechtsbewußtsein irgendwelche Kraft und irgendwelchen Einfluß auf die Rechtsbildung einräumen.

Das deutsche Recht, dessen Studium in erfreulicher Weise im Aufblühen stand, war fern davon, in der Dogmatik des Rechtes mit den Pandekten wetteifern zu können, es beschäftigte sich mehr mit geschichtlichen Fragen. Die deutsch-rechtlichen Gedanken, die in der Pandektenpraxis der vorigen Jahrhunderte eine so trauliche Stellung gefunden hatten, waren nun einsam und verwaist. Allmählich brachte man sie an die Oberfläche, und nach verschiedenen Seiten hin wurde das Walten moderner Ideen im heutigen Recht nachgewiesen. Allein da sich ein Gerichtsgebrauch nur schwer dartun ließ, und zwar das römische, nicht aber das deutsche Recht ohne weiteres als angenommen und „rezipiert" galt, so war man in bezug auf diese Ideen in schwerer Bedrängnis, und die Germanistik war so sehr in antiquarische Forschung versenkt, daß diese Entdeckungen bei ihnen oftmals keine große Gegenliebe fanden [1].

Das Streben nach Kodifikation hatte zur Partikulargesetzgebung geführt, einem schon an und für sich sehr unerquicklichen Zustand; aber auch, was hier erzeugt wurde, war durchaus nicht immer hervorragend. Zwar hatte das französische Recht in der Abfassung und im Inhalt große Vorzüge, aber es ist, wie bereits gezeigt, immerhin ein mißlicher Zustand, einen Teil des Volkes in bezug auf seine Rechtsauffassung nach dem Auslande zu verweisen. Das preußische Landrecht aber, das sich anheischig machte, nicht bloß das Zivilrecht samt dem Handelsrecht, sondern auch das öffentliche Recht in seinen Kreis zu ziehen, war ein Erzeugnis kleinbürgerlicher naturrechtlicher Ideen des 18. Jahrhunderts, ohne Schwung in seiner ganzen Anlage, ohne großen Zug, mit einer erdrückenden Kasuistik und getragen von der Idee, als ob man durch scharfe Reglementierung die großartigen Interessen der Menschheit aufbauen könne, die nur in einer gewissen Freiheit des Geistes zu gedeihen vermögen. Und zu dieser Freiheit gehört insbesondere auch, daß Rechtswissenschaft und Rechtspflege einen gewissen Spielraum haben, um den wechselnden Bedürfnissen der Zeit zu genügen und den Anforderungen der jeweiligen Gegenwart zu entsprechen. Das, was die Rechtsentwicklung auf dem Gebiete des preußischen Landrechtes geleistet hat, war darum nicht immer erfreulich: eine großartige Rechtsprechung unter

[1] Ich darf hier an meine Entdeckung des Dispositionsnießbrauchs, an meine Arbeiten über Annahmeverzug und die Pertinenzen erinnern, schließlich auch an die Arbeiten über Wertrecht und die verschiedenen Gemeinschaftsformen. Von germanistischer Seite hat man diese der praktischen Geltung deutscher Rechtssätze zustrebenden Ideen recht stiefmütterlich behandelt, während man geschichtlichen Ideen, die unser Recht längst überholt hat, wie der Idee des Unterschieds von Schuld und Haftung, eine ganz ungemessene Bedeutung zuschrieb und sie auch für das moderne Recht verwerten wollte, sehr zu seinem Nachteil.

gewaltiger Erfassung jener neuzeitlichen Probleme, die der Übergang von einem Agrar- in einen zukunftsreichen Industriestaat bot, wie sie die französische, englische, amerikanische Spruchpraxis aufwies, fehlte, und die wahre wissenschaftliche Behandlung begann erst verhältnismäßig spät, und zwar durch einen Mann süddeutschen Stammes, der aus dem gemeinen Rechte hervorging und die Schule des gemeinen Rechtes in sich trug, nämlich durch Heinrich Dernburg.

Daß die heutige Zeit etwas anderes zustande bringen könne, hatte das nach verschiedenen Richtungen hin vortreffliche Handelsgesetzbuch bewiesen, und so war auch hier Aussicht vorhanden, etwas zu erzielen, was dem Geist des heutigen Rechts entsprach, was die geschichtliche Schule abschloß und der Neuzeit den Boden bereitete. Während die geschichtliche Schule in der Vergangenheit grübelte, sollte nunmehr die Neuzeit mit all ihren Bestrebungen, mit ihrem Ringen und Vollbringen, mit all den individualistischen, kollektivistischen und sozialen Bestrebungen zum Ausdruck kommen.

§ 2. Die äußere Geschichte des BGB. zeigt folgende Momente: Während die deutsche Reichsverfassung ursprünglich nur einige Teile des bürgerlichen Rechts dem Reiche überließ, wurde durch kompetenz-kompetenzliche Ausdehnungen der Verfassung unter dem 20. Dezember 1873 das Reich für das ganze Gebiet des Zivilrechtes zuständig gemacht. Eine Vorkommission unterbreitete dem Bundesrat am 15. April 1874 ein Gutachten über die Art der Behandlung der Arbeiten eines bürgerlichen Gesetzbuches, und am 2. Juli 1874 berief der Bundesrat eine Kommission von elf Mitgliedern zur Bearbeitung, an deren Spitze der damalige Präsident des Reichsoberhandelsgerichts Pape stand. Hier wurde beschlossen, für die fünf Bücher, aus denen das Gesetz bestehen sollte, fünf Redaktoren zu ernennen, welche Vorentwürfe ausarbeiten sollten, auf Grund derer dann die Kommissionsberatungen zu erfolgen hätten. Im übrigen hüllte sich alles in ein geheimnisvolles Schweigen. Man hörte kaum etwas wispern von all den Dingen, die in der Kommission vorgingen, und war natürlich mehr und mehr gespannt auf die großartigen und welterschütternden Offenbarungen, die zutage treten sollten, wenn die Kommission ihre Arbeiten zum einstweiligen Abschluß gebracht hätte. Gegen Ende 1887 endlich wurde der Entwurf mit Motiven dem Bundesrat überreicht. Da war allgemeiner Schrecken und allgemeine Enttäuschung. Man war weit entfernt davon gewesen, die richtigen Leute zu finden. Die zur Kommission gerufenen Praktiker waren keineswegs Männer von freiem Blick und von originaler Schöpferkraft. Noch weniger waren es die zwei Theoretiker, von denen der eine, Windscheid, in öden Abstraktionen lebte und dem frischen Rechtsleben fernstand, ja sogar der Rechtswissenschaft die Aufgabe aberkannt hatte, sich mit legislativ-politischen, volkswirtschaftlichen Fragen zu beschäftigen; während der andere Theoretiker, Roth, schon lange Zeit in partikularrechtlichen Sammelstudien aufgegangen war.

So war denn auch der Entwurf im höchsten Grade ungenügend, schemenhaft, farblos, abstrakt, in seiner Fassung fast unverständlich. Die Aufgabe, gerade die modernen Ideen zu erfassen und ihnen ein gewandtes gesetzgeberisches Kleid zu geben, war vollständig verkannt worden. Man glaubte mit einem verbesserten Windscheid auskommen zu können, wie ehemals die Franzosen mit Pothier; allein Windscheid war kein Pothier, und die Redaktoren waren weit entfernt vom gesetzgeberischen Genie eines Tronchet und seines großen juristischen Schülers Bonaparte. Und während im Code Napoléon die großen Ideen der französischen Revolution walteten, war es das kleinbürgerliche Liliputwesen der nachgoethischen Zeit, welches im Entwurf zutage trat. Hätte man doch nur einen schöpferischen Kopf gehabt! So mußte man denn erkennen, daß die Kommission mit schwerem Ungeschick gearbeitet und, statt frisch ins Leben zu greifen, sich mit formalistischen Abstraktionen abgequält hatte. Denn gearbeitet hatte sie bis zur Erschöpfung; aber nicht das Maß, sondern das Ergebnis der Arbeit kommt in Betracht. Und daß bei einer Arbeit, welche frischen Blick ins Leben verlangt, ein blinder Mann Vorsitzender war, ist wohl seit den Zeiten des Appius Claudius caecus nicht vorgekommen. Dies war das Ergebnis. Noch schlimmer war es mit den Motiven bestellt, die im höchsten Grade dürftig und arm an juristischen Gedanken waren. So mußte denn den patriotisch Gesinnten im Jahre 1888, als er den Entwurf kennen lernte, eine tiefe Verstimmung erfassen, und diese trat denn auch unverhohlen zutage. Zu dem formalistischen Ungeschick des Entwurfs gehörte insbesondere das geradezu öde, geisttötende Verweisungssystem, wo von einem Artikel auf den anderen und von diesem wieder auf einen anderen usw. verwiesen wurde, so daß das Ganze einen recht schablonenmäßigen

Charakter annahm und die Gefahr nahelegte, daß die sich hiernach bildende Jurisprudenz recht formal und kleinlich ausfallen werde.

Der Entwurf wurde einer Revision unterworfen, welche manches verbesserte und der Fassung ein menschlicheres Gewand verlieh. Eine Änderung von Grund aus war nicht möglich. Im Jahre 1895 wurde der neue Entwurf dem Bundesrat überreicht, und am 18. Januar 1896 kam die Vorlage an den Reichstag, in welchem einiges, aber nicht gar zu viel geändert wurde. Die Kommission des Reichstages hat allerdings einige wesentliche Verbesserungen gebracht, während die Beratungen selber mit den bedeutenden Problemen des Gesetzbuches sich wenig befaßten; Dinge wie der Wildschaden wurden eifriger debattiert als die gewaltigen zivilistischen Fragen, die das Gesetzbuch aufrührte. Die zweite und dritte Lesung fanden im Juni und Juli 1896 statt, am 14. Juli wurde die Vorlage durch den Bundesrat angenommen, und am 18. August 1896 erfolgte die Verkündung. So ist das Gesetzbuch geworden [1], ganz gemäß der Geschichte unseres Volkes, die uns so oft das Schauspiel bietet, wie man sich jahrelang in Irrgängen bewegte, bis im rechten Augenblick immer noch etwas Gedeihliches zustande kommt. Allerdings kann sich das Gesetzbuch weder materiell noch formell mit dem Schweizer Gesetzbuch messen, das einige Jahre darauf in Kraft trat und unser Gesetzbuch riesenhoch überragt: das Werk eines einzigen genialen Mannes, der allerdings mit tüchtiger Mithilfe arbeitete, ein Gesetzbuch, jugendfroh dem germanischen Geist entsprungen, ohne die senilen Züge, die unser Bürgerliches darbietet! — —

Immerhin, wir müssen uns damit abfinden, und es kann etwas Bedeutendes entstehen, wenn die Rechtspflege den formalistischen Landrechtsgeist aufgibt und in freier Rechtsbehandlung die Aufgabe der Gegenwart erfaßt. Sobald der letzte Jurist der alten Methode zu judizieren aufhört, wird für unser Recht eine bessere Stunde schlagen.

A. Allgemeiner Teil.

Erstes Buch.

Rechtsquellen.

§ 3. Als Rechtsquellen dienen nach allgemeinen Grundsätzen Gesetz und Gewohnheitsrecht, und zwar als gleichberechtigt und gleichwertig, Art. 2 BGB., so daß Reichsgewohnheitsrecht dem Reichsgesetz, Landesgewohnheitsrecht dem Landesgesetz gleichsteht. Was die Autonomie, d. h. die normgebende Kraft anderer Faktoren betrifft, so kommen außer den staatlich gestatteten Normierungen der öffentlichen Verbände nur noch die Autonomiebestimmungen von Fürsten und Adel nach Art. 57, 58 BGB. in Betracht.

Wir haben es im folgenden hauptsächlich mit Reichsrecht und namentlich mit dem BGB. zu tun.

§ 4. Die Fassung des BGB. ist völlig unvolkstümlich. Es führt nicht die Sprache wie etwa der Code civil oder das Schweizer Gesetzbuch, ja, es hat auch nicht einmal die Volkstümlichkeit unseres Handelsgesetzbuches. Gerade das Schweizer Gesetzbuch übertrifft hier das BGB. im ganzen wie in Einzelheiten [2].

Ein abstraktes und unvolkstümliches Gesetzbuch ist vom Übel, und abstrakt ist das BGB. bis zum Exzeß. Die Sprache ist nicht die Sprache des Volkes, sondern die papierene Sprache der Bureaukratie und diese oft bis zum Äußersten getrieben. Anstatt beispielsweise zu sagen: der gutgläubige Erwerber wird Eigentümer, heißt es in § 932: er wird Eigentümer, „es sei denn, daß er zu der Zeit, zu der er nach diesen Vorschriften das Eigentum erwerben würde, nicht in gutem

[1] Zitiert BGB. mit Paragraphen. Wo Artikel (a. oder Art.) zitiert werden, ist das Einführungsgesetz gemeint.

[2] Vgl. dazu meinen Aufsatz: Eugen Huber und das Schweizer ZGB. im Rhein. Arch. V S. 1 f.

Glauben ist'. Die gezwungene Klausel „es sei denn usw." soll die Beweislast bedeuten und ausdrücken, was sich doch von selbst versteht, daß für den guten Glauben zu vermuten ist (sind wir denn in einem Lande von Räubern und Dieben?); und daß der gute Glaube zur Zeit des Eigentumserwerbs vorhanden sei, hätte einfach durch die Wendung: wenn er in gutem Glauben erworben hat, ausgedrückt werden können. Solche gesetzliche Ausdrucksweise ist eine bureaukratische und papierne, um nicht zu sagen lederne [1]. Jedenfalls hätte man dem Verständnis des Gesetzes durch einige Kernworte und insbesondere durch sinnlich kräftige Ausdrücke entgegenkommen können. Dafür hatten aber die Gesetzredaktoren keinen Sinn. Derartige Ausdrücke brauchen durchaus nicht archaistisch zu sein: sie brauchen nicht aus dem Sachsenspiegel zu stammen; man sehe nur z. B., welche mächtigen urdeutschen Kernausdrücke die Rechtssprache noch in der Schweiz besitzt. Ich will nur ein Beispiel hervorheben. Das Gesetz gestattet dem Vater, der einen verschwenderischen Sohn hat, das Vermögen, das er ihm hinterläßt, so zu vinkulieren, daß der Kapitalbestand festgelegt ist und ihm nur Früchte die des Vermögens zukommen. Das bestimmt das Gesetzbuch in § 2338. Hier wäre es doch nahe gelegen, ein solches Verhältnis durch einen drastischen Ausdruck zu bezeichnen; und wenn man den Ausdruck „vinkulieren" nicht wählen wollte, so hätte man, ebenso wie in Schweizer Rechten, von einer „Verklammerung" des Vermögens sprechen können. Das wäre jedem aus dem Volke sofort verständlich gewesen; es hätte sich leicht eingeprägt, und das Gesetz hätte bedeutend an Volkstümlichkeit gewonnen. Und wie kraftlos sind andere Ausdrücke, wie z. B. „Kraftloserklärung einer Urkunde". Man erklärt die Urkunde nicht für kraftlos, sondern man schlägt sie tot. Hätte man nur mindestens von Todeserklärung einer Urkunde gesprochen; das wäre kräftiger und anschaulicher gewesen, ohne daß die abstrakte Bezeichnungs- und Umfassungskraft Einbuße erlitten hätte. Allerdings gibt es immer Leute, welche alles bildliche als nicht vornehm genug erachten; aber das sind doch Bestrebungen, die seit Goethe überwunden sein sollten; Goethe hat aus seinen Erfahrungen der Leipziger Zeit uns darüber manches Ergötzliche mitgeteilt.

Viel wichtiger ist noch der Vorwurf, daß das Gesetz in vielem nicht zeitgemäß ist. Dieser Vorwurf ist leider großenteils begründet [2]. In der Frauenfrage ebenso wie in den Verhältnissen, welche einen wesentlichen Bezug auf die Klassen- und Ständeverhältnisse haben, verfolgt das Gesetz eine hyperkonservative Richtung, oder es versagt völlig. Die ehelichen Güterverhältnisse sind in einer wesentlich rückschrittlichen Weise geordnet; im gesetzlichen Gütersystem sind die Interessen der Frau, bei der Gütergemeinschaft die Interessen des Mannes, in der fortgesetzten Gütergemeinschaft die Interessen der Kinder, im Erbvertrag und im gemeinsamen Testament die Interessen der individuellen Freiheit geopfert; die Stellung des unehelichen Kindes zum Erzeuger ist in geradezu erstaunlicher Weise verkannt. Die freie Liebe ist dem Gesetzbuch einfache Unzucht, das Mietsverhältnis und das Wohnungswesen sind in völlig ungenügender Weise erfaßt, der Dienst- und Werkvertrag höchst dürftig gestaltet, das Vereinswesen in bureaukratischer Weise geregelt, im Sachenrecht finden sich grobe Fehler, über das Recht an der Elektrizität findet sich nichts. Lichtpunkte des Gesetzes sind die §§ 138, 157, 242, 226 und vor allem 826, welche der freien Rechtsauffassung und dem Freirecht eine Handhabe bieten, um moderne Gedanken zum Ausdruck zu bringen, vor allem die Lehre vom Rechtsmißbrauch.

§ 5. In diesem Stande der Sache kann uns allein das mit diesen Hilfsmitteln arbeitende Vernunftrecht zum Heile gereichen. Im übrigen ist es ein erfreuliches Zeichen der internationalen Rechtsgemeinschaft, daß in Frankreich und England das deutsche BGB. eifrige Beachtung gefunden hat [3].

Ein Hauptmittel, um über das Gesetzbuch hinauszukommen, sind die einzelnen fortschrittlichen Bestimmungen, welche es uns ermöglichen, schöpferisch vorzugehen, ohne den Boden des

[1] Abstrakte Kasuistik, Gierke, Bürgerl. Gesetzbuch und der Reichstag, S. 13. Vgl. auch meinen Aufsatz über Technik der Gesetzgebung, Arch. ziv. Prax. 96, S. 345.

[2] Sohm macht geltend (in Kultur der Gegenwart), das Gesetzbuch gehe von der Lage des mittleren Bürgerstandes aus; er hätte richtiger gesagt, von der Denkweise des guten deutschen Philisters. Aber ein modernes Gesetzbuch soll anderes leisten. Auch ist dies nicht einmal richtig; einige Teile, wie das Hypothekenrecht, verlangen den geriebenen Geschäftsmann.

[3] Für Frankreich sind vor allem die vielen Arbeiten von Saleilles zu nennen; für England Schuster, Principles of German Civil Law (1907).

Gesetzesrechts völlig zu verlassen. Das Schweizer GB., auch hier vorbildlich, beginnt in lapidarer Art mit den Sätzen:

Art. 1. Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält.

Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht [1] und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde.

Er folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung.

Art. 2. Jedermann hat in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln.

Der offenbare Mißbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz.

Art. 4. Wo das Gesetz den Richter auf sein Ermessen oder auf die Würdigung der Umstände oder auf wichtige Gründe verweist, hat er seine Entscheidung nach Recht und Billigkeit zu treffen.

Diese Sätze gelten auch bei uns, sie sind nur durch das Gesetzbuch zerstreut. Das Verbot des Schikanehandelns findet sich in § 226, die Auslegung der Verträge (richtiger sollte es heißen der Rechtsgeschäfte) nach Treu und Glauben in § 157 und in § 242 [2]; die Geschäfte gegen die Sittlichkeit werden gebrandmarkt in § 138, und in § 826 haben wir eine Bestimmung, welche ähnlich wie Art. 2 des Schweizer Gesetzbuches über die hölzerne Art der bisherigen Rechtsübung hinweghilft. Wie richtig dies ist, hat die bisherige Praxis gezeigt: die genannten Bestimmungen sind die Ausgangspunkte der Rechtsneubildung geworden. Dazu tritt die richtige Auslegung des Gesetzes: die Auslegung nach der Rechtsvernunft, d. h. nach der unseren Kulturzwecken entsprechenden Ordnung der menschlichen Verhältnisse [3].

§ 6. Das BGB. will das bürgerliche Recht Deutschlands vollkommen regeln, nicht nur einzelne Materien; im Gegenteil: nur wo eine Materie ausdrücklich ausgenommen ist, läßt es das Landesrecht walten, Art. 55 f. EG. Dessen Gültigkeit muß daher aus dem Reichsrechte erwiesen werden; wo aber ein solcher Fall vorliegt, bleibt nicht nur das Landesrecht, soweit es gilt, bestehen, sondern es kann auch neue Normen schaffen (Art. 3 EG.). Dem Landesrecht sind besonders solche Materien überlassen, bei welchen ein Anschluß an die örtlichen Verhältnisse, Bräuche und Anschauungen oder ein Anschluß an Verwaltungs- und Polizeinormen wünschenswert ist. Diese Hingabe an das Landesrecht geht vielfach zu weit: Materien, die das Schweizer Gesetzbuch vorzüglich geordnet hat, sind auf solche Weise ungeregelt geblieben [4].

Zweites Buch.

Grundgedanken.

§ 7. Das BGB. geht von der Privatrechtsordnung aus, d. h. von der Ordnung, wonach das Vermögen, also die Gesamtheit der den Menschen dienenden Gegenstände, dem Einzelwesen zukommen könne; im Gegensatz zu der kommunistischen Ordnung, wonach das Vermögen nur ein Gesamtvermögen des Stammes oder der Familie sein kann. Es geht ferner von dem Satze aus, daß das Einzelwesen, wenn auch nicht unbedingt, so doch in einem weiten Kreise über dieses Vermögen verfügen, d. h. Änderungen in seiner Rechtsstellung vornehmen kann. Das wirtschaftliche Leben ist daher vielfach ein einzelwesenhaftes (individuelles). Diese einzelwesenhafte Gestaltung schließt allerdings das Vorhandensein sozialer (gesellschaftlicher) Bildungen nicht aus; sie schließt nicht aus, daß 1. große Vermögensmassen der einzelwesenhaften

[1] Diese Stellung des Gewohnheitsrechts im Schweizer Gesetzbuch ist fehlerhaft, hier ist das deutsche BGB. besser, EG. Art 2. Wenn man hundertfach sich bemüht, das Gewohnheitsrecht zu verkümmern, hundertfach wird es mit neuen Kräften wieder erstehen. Vgl. meinen Aufsatz: Eugen Huber und das Schweizer ZGB., Rhein. Z. V S. 4.

[2] Man hat hier vielfach mit der Denkform der stillschweigenden Willenserklärung hantiert; vgl. auch Henle, Ausdrückliche und stillschweigende Willenserklärung (1910) S. 30 f., Danz in Jahrb. f. Dogm. **54** S. 19 f.

[3] Über die Gesetzesauslegung vgl. Lehrb. I S. 122 (und schon Grünhut XIII S. 1). Neuerdings Kiß, Jahrb. f. Dogmat. **58** S. 413 f. Über die Freirechtsbestrebungen orientiert Oertmann, Staatliche und gesellschaftliche Rechtsbildung, Arch. f. b. Recht 40 S. 70 f.

[4] Z. B. das Quellenrecht, über welches zu vergleichen Schweizer ZGB. a. 704—710.

Beherrschung ganz entzogen sind; sie schließt nicht aus, daß 2. Vermögensmassen zwar zunächst der privatrechtlichen Ordnung angehören, in vielen Punkten aber außerhalb des Privatverkehrswesens stehen. Zur ersteren Gruppe gehört insbesondere Luft und Meer, zur letzteren gehören Straßen, öffentliche Gebäude, Festungen und anderes. Daß diese der Privatrechtsordnung nicht ganz entzogen sind, ist wichtig; denn 1. sofern der öffentliche Zweck zugleich eine privatrechtliche Benutzung zuläßt, steht diese dem Eigentümer zu; 2. der Eigentümer wird Volleigentümer, sobald die Belastung des öffentlichen Zwecks aufhört[1].

Die Ordnung dieser Gegenstände hängt zu sehr mit dem öffentlichen Rechte zusammen, als daß sie das BGB. unternommen hätte. Wir müssen die Regelung also in dem Rechte der Einzelstaaten suchen, dies auch dann, wenn es sich um Eigentum des Deutschen Reichs handelt, das öffentlichen Zwecken gewidmet ist. Nur wenige Bestimmungen der Reichsgesetzgebung bieten hier ausnahmsweise Ordnung und Regel[2]. Tadelnswert ist es, daß das Wasserrecht der Landesgesetzgebung überlassen ist, obgleich doch die heutige Kulturordnung zu einer einheitlichen Regelung drängt[3], und die Elektrizität ist behandelt, als ob es keine elektrische Kraft gäbe.

Noch weniger schließt die Einzelwesenordnung aus, daß Vermögensmassen in bürgerlichrechtlicher Weise größeren oder kleinen Verbänden angehören, die daran einfach nach bürgerlichem Rechte befugt sind. Auf solche Weise kann Vermögen öffentlichen Zwecken gewidmet werden, ohne daß es der bürgerlichen Ordnung entzogen wird, und die bürgerliche Ordnung kann auf diesem Wege ein Mittel sein, um Ziele des öffentlichen Rechts zu verwirklichen.

Aber auch die Verfügungsfreiheit schließt tiefgreifende Schranken nicht aus; sie schließt insbesondere nicht aus: 1. daß die öffentliche Ordnung einer Reihe von Geschäften die Rechtswirksamkeit entzieht; sie schließt nicht aus, daß 2. die öffentliche Ordnung Rechtsfolgen eintreten läßt, die den Erwartungen der Partei nicht entsprechen, und sie schließt endlich 3. nicht aus, daß die öffentliche Ordnung im einzelnen Fall gewisse Gegenstände der Einzelverfügung entzieht.

§ 8. Die menschliche Gesellschaft ist im neugeschichtlichen Geiste erfaßt: die Menschen sind zu Staaten vereinigt, und der Staat ist die höchste und letzte Ordnung, die höchste und letzte Instanz, um die Rechtsstellung eines jeden im Kreise seiner Mitmenschen zu bestimmen: alle anderen, früher so mächtigen Herrschaftsverbände sind unter die Hoheit des Staates gestellt. Die Familie tritt noch als soziale Einrichtung mit einigen wichtigen rechtlichen Folgen hervor, aber sie ist keine Einheit mehr, sie ist nicht mehr Trägerin eines Familienvermögens; höchstens daß noch in einigen altertümlicheren Einrichtungen, wie Familienfideikommissen und Familienstiftungen, die Erinnerung an die ehemalige Gestaltung der Familie als Sonderpersönlichkeit übriggeblieben ist.

Rechtssubjekt ist natürlich vor allem der einzelne Mensch, und es gilt der große neuzeitliche Grundsatz, daß jeder Mensch von dem Momente der vollendeten Geburt an Rechtsfähigkeit hat. Dieses Prinzip gilt durchaus, es gibt keine Ausnahme; auch der Mißgeburt steht dies Recht zu: ein Funke von Leben genügt, auf daß der Mensch als vollgültiger Erdenbürger in den staatlichen Rechtsschutz aufgenommen wird. Ob dies, vom Nützlichkeitsstandpunkte aus betrachtet, nicht zu weit geht, ist eine andere Frage.

Es gibt keine Sklaven mehr und keine Minderfreien. Damit ist die ganze römische Gesellschaftsordnung, welche ohne Sklaverei nicht verständlich ist, über den Haufen gestürzt; aber auch die mittelalterliche Ordnung der Halbfreien und beschränkt Freien ist verbannt: das ganze mittelalterliche System der Hörigkeit und Gutsherrschaft, das System, wonach der Einzelne

[1] Vgl. hierüber die Nachweise bei Biermann, Öffentliche Sachen (1905), S. 22, und Gierke, Privatrecht II S. 19 f.

[2] Wesentlich für den Erwerb des Reichs war in dieser Hinsicht das Gesetz v. 25. Mai 1873, wonach das Eigentum von Gegenständen, die dem dienstlichen Gebrauche gewidmet sind, bei der Übernahme des Dienstes von einem Bundesstaat an das Reich mit überging (vorbehaltlich einer auflösenden Bedingung).

[3] Übrigens hat das Wasserrecht in den Landesgesetzen neuerdings eine vielfache Neugestaltung erfahren, so Badische Gesetze 1876, 1899, jetzt auch in Preußen durch Gesetz vom 7. April 1913, vgl. auch das Preuß. Gesetz über die Mineral- und Thermalquellen vom 14. Mai 1908. Zum Ganzen Aström, Das Wasserrecht in Nord- und Mitteleuropa (1905), S. 50 f.

unrettbar einem Gesindeverhältnis unterliegt, ist aufgegeben. In dieser Hinsicht hat schon 100 Jahre vorher die französische Umwälzung genügend vorgearbeitet, und schon der bereits ins hundertjährige Jubiläum getretene Code civil hat das Zeichen der Neuzeit aufgepflanzt. Aber es gibt auch keine Friedlosen, keine Geächteten mehr: keine staatliche Ordnung kann den Menschen vogelfrei machen und ihm den Rechtsschutz entziehen. Was in dieser Beziehung noch an altertümlichen Einrichtungen vorhanden war, wie bürgerlicher Tod usw., ist bereits im Anfang des 19. Jahrhunderts ausgetilgt worden.

Der Einzelne kann zwar sowohl in seinem äußerlichen Leben als auch in seiner rechtlichen Verfügung höheren Gewalten unterworfen sein, allein dies geschieht nur, soweit es der Zweck, den man verfolgen will, erheischt, und unter möglichster Schonung seiner Persönlichkeit. Es kann eintreten:

1. zu den Zwecken der Strafverfolgung und aus dringendem Interesse polizeilicher Ordnung [1];
2. zur Strafe bezüglich des Strafgefangenen;
3. zur Erziehung (als sog. Zwangserziehung), nach neuerer Anschauung auch zur Sicherung der Gesellschaft;
4. im Interesse der Landesverteidigung durch Unterwerfung unter die Militärdienstpflicht; es kann eintreten
5. im Interesse der Hygiene, der Eigenhygiene, wie bei Irrsinnigen, und der Fremdhygiene, wie bei ansteckenden Krankheiten [2]; es kann
6. dadurch erfolgen, daß der Staat sogenannte Zwangsgenossenschaften gründet, d. h. unter bestimmten Umständen erklärt, daß alle Personen eines bestimmten Kreises eine Genossenschaft bilden, welche den Einzelnen mehr oder minder beherrscht, aber stets nur in einzelnen bestimmten Beziehungen. Ein Hauptfall dieser Art sind die Zwangsinnungen der Gewerbeordnung, denen aber in zutreffender Weise die Festsetzung der Verkaufspreise nicht zusteht, was sonst ihre Mitglieder in trustartige Abhängigkeit brächte, § 100 q GewO. Wir verfolgen noch das System der Einzelwirtschaft und die Kartellbestrebungen einerseits und der Staatssozialismus andererseits, welcher von Staates halber die Preise regelt und die Produktionsweise vorschreibt, haben die Grundlagen der Einzelwirtschaft zwar angegriffen, aber bis jetzt nicht überwunden [3].
7. Im Arbeitsnormvertrag (Kollektivarbeitsvertrag) ringt sich bereits ein soziales Zwangselement zutage, welches den Einzelvertrag überwältigt. Doch gehört dieses speziell dem Gewerberecht an. Hierher gehört endlich
8. die Unterwerfung unter Vormundschaft und Pflegschaft im Interesse des Minderjährigen oder Entmündigten: diese Unterwerfung hat lediglich die Interessen des Bevormundeten zum Zweck und soll nicht zur Ausbeutung oder überhaupt zur nutzbaren Ausübung durch die Vormünder führen. Nur nebenbei können hier die Interessen der Familienangehörigen mit in Betracht kommen, wie bei der Bevormundung wegen Verschwendung; und in der elterlichen Gewalt und der damit verbundenen Nutznießung ist noch ein Überrest der alten Familiengutsidee und der alten Tutela fructuaria zu erkennen.

Sonst gilt der Grundsatz, daß der Einzelne sich zwar in ein Unterordnungsverhältnis begeben kann, wenn er will, aber das ist sein freier Entschluß. Nun könnte allerdings auch eine solche Selbstunterordnung zu einer Versklavung und Unfreiheit führen, und in unbedachten Augenblicken und in Augenblicken der wirtschaftlichen Notlage könnte der Einzelne dazu vermocht werden, sich in ein Verhältnis dauernder Abhängigkeit zu begeben. Eine derartige vertragsmäßige Unterjochung wäre unserem Ideal des Rechts widersprechend. Leider hat das Gesetzbuch diesen großen Ideen nur unvollkommen entsprochen. Es gestattet allerdings nur eine zeitweilige

[1] Über die polizeilichen Maßregeln vgl. Preuß. Ges. v. 12. Februar 1850 § 6. Über den Angeschuldigten und Angeklagten gelten die Bestimmungen der Strafprozeßordnung. — Weitere Einwirkungen sind nicht gestattet. Vgl. meinen Aufsatz über das Recht auf den Vollbart im Berliner Tageblatt v. 25. Januar 1914.

[2] Dahin gehört auch die Sterilisation, die bereits in Amerika eingeführt ist, sich aber auch auf den alten Erdteil verpflanzen wird; vgl. Goltd. Arch. 61 S. 189 und meine Schrift: Recht und Persönlichkeit S. 58.

[3] Vgl. mein Werk über den unlauteren Wettbewerb (1914) S. 6 f., 12 f.

Hingabe der Persönlichkeit, und eine entgegenstehende Vereinbarung wird auf eine entsprechende kurze Frist zurückgeführt: ein Dienstverhältnis kann in unkündbarer Weise nur auf fünf Jahre eingegangen werden, § 624 BGB., und ein Gesellschaftsvertrag auf Lebenszeit bewirkt nur eine Gesellschaft auf Kündigung, § 724 [1]. In gleicher Weise sind auch negative Verträge, Verträge, welche aus dem Lebenskreise eines Menschen gewisse Seiten als unerlaubt ausscheiden, nur in engen Gebieten gestattet; dahin gehört insbesondere das Konkurrenzverbot, das Verbot, welches dem Menschen bestimmte Kreise des Erwerbs untersagt: es ist nur gestattet unter örtlicher, zeitlicher, sachlicher Begrenzung. Auch die Rechtsunfähigkeit der dem Klosterleben Gewidmeten, die noch im Preuß. LR. in scharfer Weise hervortritt (II 11 § 1199: „Nach abgelegtem Klostergelübde werden Mönche und Nonnen in Ansehung aller weltlichen Geschäfte als verstorben angesehen" [2], ist aufgehoben; doch können die Landesgesetze nach Art. 87 bestimmen, daß Mitglieder von Orden oder ordensähnlichen Kongregationen nur mit staatlicher Genehmigung von Todes wegen erwerben können. Ein Vertrag, worin jemand sein künftiges Vermögen einem Dritten hingibt und damit seine wirtschaftliche Kraft auf die Zukunft hin opfert, ist nichtig, § 310. Man hätte denken können, daß dies ausnahmslos gilt, aber das Gesetz kennt noch Ausnahmen für den Erbvertrag, eine der verkehrtesten Einrichtungen, wodurch jemand sich zum Sklaven des Vertragsgenossen macht und sich für immer die Hände bindet, um wie der „Zugochse" sein Leben lang für einen anderen zu arbeiten; und für die fortgesetzte Gütergemeinschaft, ein Institut, das mit der Befreiung des Individuums einfach hätte fallen sollen, wie es der Code Napoléon schon vor mehr als 100 Jahren beseitigt hat.

Ausgetilgt ist aber auch die mittelalterliche Ständeordnung, welche privilegierte und nicht privilegierte Klassen schuf. Nur wenige Überreste sind geblieben, so insbesondere das Recht des hohen Adels mit seiner besonderen Erb- und Familienordnung, Art. 57 f. Einer modernen Betrachtungsweise gehören an:

1. die Sonderbestimmungen für Kaufleute, die hauptsächlich darauf abzielen, ihnen mit Rücksicht auf ihren gesteigerten Kredit gesteigerte Pflichten aufzuerlegen;

2. die Fürsorgebestimmungen für die arbeitende Klasse mit der sozialen Versicherung.

Hier will man nicht Unterschiede oder Ungleichheiten schaffen, sondern tatsächliche Ungleichheiten mildern und die durch tatsächliche Verhältnisse eingetretene Minderstellung möglichst ausgleichen.

Eine besondere soziale Fürsorge entsteht überhaupt durch den großen Gedanken der Versicherung, der sich im Mittelalter gebildet hat, aber im wesentlichen der Neuzeit angehört. Ein Hauptsatz, aber auch zugleich ein Hauptnachteil der Einzelwesenordnung ist ja der Satz: Casum sentit dominus. Während der Zeiten der Gemeinschaft sind zerstörende Unglücksfälle von der Gesamtheit zu tragen: es ist ihre Sache, solchen Unglücksfällen möglichst entgegenzutreten, es ist ihre Sache, den Schaden zu decken, wenn das Unglück geschehen ist. Auf diese Weise liegt der Einzelne gleichsam im Schoße der Gesamtheit, die Gesamtheit ist zu Gedeih' und Verderb. Dies ändert sich mit der Einzelvermögensordnung: denn nunmehr hat der Einzelne sämtliche Vorteile des Vermögens, er hat aber auch jeden Unfall zu tragen, der seiner Habe zustößt; und wird sein Gut durch die Elemente hinweggerafft, so bleibt ihm nichts übrig, als den Wanderstab zu ergreifen oder sich der Milde seiner Nachbarn und Genossen anheimzustellen. Hier tritt nun der Versicherungsgedanke auf: gegen eine mäßige Leistung wird das sogenannte Risiko, d. h. die Verderbsmöglichkeit auf einen anderen, meist auf eine Gesamtheit übergewälzt, insbesondere können auch die durch das Risiko Betroffenen eine solche Gesamtheit bilden. Tritt das Unheil ein, so hat der Versicherer, hier also die Gesamtheit, dafür aufzukommen. Auf diese Weise kann das bürgerliche Recht in sich selber die Kräfte finden, seine eigenen Fehler zu verbessern und seine Krankheiten zu heilen; allerdings nicht ohne Unterstützung des öffentlichen Rechts; denn

[1] Schon ältere Gesetze, welche die Freiheit der Person erstrebten, verboten Dienstverträge für die Lebenszeit, so der Talmud; vgl. Schaffer, Recht nach Talmud, S. 79.

[2] Diese Bestimmung hielt man trotz des Art. 10 der Preuß. Verfass. für fortbestehend, obgleich die Verfassung genügenden Anhaltspunkt hätte geben können, mit einer so veralteten Ordnung der Sache aufzuräumen.

damit auf diese großartigen Korrekturordnungen ein sicherer Verlaß ist, müssen derartige Wohlfahrtseinrichtungen unter öffentlicher Kontrolle stehen.

Das Nähere gehört dem Versicherungsrecht an.

§ 9. Mitunter tritt eine doppelte Rechtsordnung ein, indem jemand, der in Verkehr getreten ist, die Wahl hat, zu verlangen, daß eine Sache gemäß der einen oder anderen Rechtsordnung behandelt wird [1]. Solche Fälle werden sich unten ergeben (S. 138, 152).

Drittes Buch.
Personen.

1. Menschen.

§ 10. Die Persönlichkeit des Menschen entsteht mit der vollendeten Geburt (§ 1 BGB.) und endet mit dem Tode. Die Ungewißheit zwischen Leben und Tod einer Person aber hat schon im mittelalterlichen Rechte das Institut der Todeserklärung hervorgerufen, das in die neuzeitlichen Gesetzgebungen übergegangen ist. Das Institut beruht auf germanischen Gedanken und hat sich gewohnheitsrechtlich in der verschiedensten Weise gestaltet. Germanisch ist insbesondere die Einweisung der Familie in das Vermögen des Verschollenen in der Art, daß diese Eingewiesenen einstweilen ein bloßes Verwaltungs- oder Genußrecht bekommen, mit der Zeit aber zu wahren Erben aufsteigen. Dieses System, welches sich auch im französischen Rechte findet, hat den Nachteil, daß es an den Augenblick der Verschollenheit anknüpft, während doch die Vermutung nicht eben dafür spricht, daß ein Verschollener bereits in diesem Moment gestorben sei. Die andere Entwicklung ging von dem Satz aus: mit seinem 100. oder mit seinem 70. Jahre muß gesetzlich ein Verschollener für tot gelten, eine Argumentation, die namentlich bei italienischen Schriftstellern häufig ist, sich dann im sächsischen Rechte wieder findet und hier zu der Todeserklärung in dem 70. Lebensjahre geführt hat. Eine weitere Bildung, und zwar eine reine Bildung des germanischen Rechtes ist die, daß man sagt: eine lang andauernde Verschollenheit erzeugt die Vermutung des Todes, ohne Rücksicht auf das Alter. Dies letztere ist das Vernünftigere, denn die Vermutung, daß die Leute das 70. Lebensjahr erreichen, entbehrt jeder Grundlage; dagegen ist es völlig sachgemäß, anzunehmen, daß eine länger dauernde Verschollenheit auf den Tod hinweist: ist es schon an und für sich auffallend, wenn jemand, der noch lebt, in Verschollenheit gerät, so steigert sich die Vermutung des Todes, wenn diese Verschollenheit lange andauert, wobei dann allerdings die Umstände des Falles zu berücksichtigen sind; denn möglicherweise ist jemand deswegen von allen inländischen Verhältnissen abgekehrt, weil er Grund hat, sich vor dem Inlande zu verstecken, oder weil er sich in ein Unternehmen eingelassen hat, welches ihn vom Verkehr mit der Kulturwelt fernhält.

Danach entwickelt sich das rationelle Verfahren so, daß regelmäßig eine längere Dauer der Verschollenheit zur Todesannahme führt, daß aber in dieser Beziehung die Umstände des Falles berücksichtigt werden und die Todeserklärung nur nach entsprechender Ermittlung und Prüfung des Falles eintritt. So das BGB. [2]. Regelmäßig soll eine zehnjährige Verschollenheit zur Todeserklärung führen, unter Umständen etwas mehr, unter Umständen weniger. Außerdem muß ein Aufgebotverfahren durch das Amtsgericht stattfinden [3], und das Amtsgericht hat die nötigen Erörterungen zu pflegen. Die Todeserklärung findet durch Ausschlußurteil statt, welches in bestimmter Frist angefochten werden kann, §§ 14 f., 18 BGB., §§ 952, 957, 960 ff. ZPO.

Die Wirkung der Todeserklärung ist, wie schon längst bei uns gewohnheitsrechtlich festgesetzt, eine deklarative, d. h. der Mensch wird nicht etwa durch die Todeserklärung tot gemacht, sondern es wird erklärt, daß er, als an einem bestimmten Zeitpunkt gestorben, zu vermuten sei. Und die alte Frage, ob der Todesvermutung auch eine Lebensvermutung zur Seite steht, d. h.

[1] Lehrbuch I S. 31 f.
[2] Lehrbuch I S. 286. Mit weniger Künstelei hat dasselbe System das Schweizer Gesetzbuch § 34 f. Vgl. auch Balog, Verschollenheit und Todeserklärung (1908).
[3] Unter Umständen verkürzt, § 966 ZPO.

ob anzunehmen ist, daß der Toterklärte bis zum Augenblick des angenommenen Todes gelebt habe, hat man bei uns bejaht; mit Recht, denn die Todeserklärung soll feste Zustände schaffen; man soll darum nicht etwa hypothetisch erklären: „mindestens an dem betreffenden Tage ist der Tote gestorben, vielleicht auch schon früher"; man muß vielmehr sagen, gesetzlich wird angenommen, er sei eben an dem betreffenden Tage gestorben. Sogar für die Stunde gilt eine gesetzliche Vermutung, denn, wenn nichts Weiteres ermittelt werden kann, „steigt der Tote beim Schlag der Mitternacht ins Grab".

In drei Fällen ist die Todeserklärung erleichtert, weil ganz besonders dringende Gründe für die Annahme des Todes sprechen: 1. wenn eine Militärperson während des Krieges vermißt wird und verschollen ist, sodann 2., wenn jemand sich auf einem untergegangenen Schiffe befand und verschwunden ist, und endlich 3., wenn jemand sonst in eine Lebensgefahr geraten ist, d. h. wenn sonst Umstände eingetreten sind, welche die Entscheidung, ob er weiter lebt oder nicht, auf die Schneide stellen[1]. In den Fällen 2 und 3 wird angenommen, der Tod sei zur Zeit der Gefahr eingetreten, also zur Zeit des Schiffsunterganges oder zur Zeit der sonstigen Gefahrsbedrängnis; beim Kriege gilt der Friedensschluß oder der Jahresschluß der Beendigung des Krieges als maßgebend, weil ja möglicherweise jemand, der in einer Schlacht oder bei einer anderen Gelegenheit vermißt wird, gefangen ist und sich später noch als lebend erweist. In allen diesen drei Fällen ist jedoch noch eine Probezeit abzuwarten, und zwar im Falle 1 und 3 von drei und im Falle 2 von einem Jahr. Die Probezeit hat keinen Einfluß auf den Moment der Todesannahme; sie ist nur gegeben, um für alle Fälle eine größere Sicherheit zu haben.

Der Erfolg der Todeserklärung kann nicht der sein, daß ein für tot Erklärter für die Rechtsordnung tot wäre: denn wenn er doch wiederkehrt oder sich als noch lebend erweist, so will man ihm sein Dasein und seine Daseinsbedingung nicht abstreiten: er behält namentlich sein Vermögensrecht. Wohl aber gilt folgendes: Die in sein Vermögen kraft Erbrechts eingetretenen Personen haben die Rechte der Bonorum possessores, sie stehen solchen gleich, welche kraft eines Erbscheines das Vermögen besitzen, §§ 2370, 2366, 2367[2]. Das gleiche gilt auch für die Lebensversicherung.

Besonders schwierig ist die Frage, ob die Ehe des tot Erklärten aufgelöst ist, auch dann, wenn sich die Todeserklärung nachträglich als unrichtig erweist[3]. Mit Recht hat man sich dahin entschieden, daß die Ehe für den Fall des Weiterlebens des mit Unrecht für tot erklärten Ehegatten fortbestehen bleibt, daß aber der hinterbliebene Ehegatte trotzdem wieder heiraten darf. Da aber auf solche Weise zwei Ehen nebeneinander bestünden, so verlangt das monogamische Prinzip, daß die eine gelöst wird: daher hört mit dem Augenblick der zweiten Ehe die erste auf, vorausgesetzt, daß mindestens der eine der beiden neuen Ehegatten an den Tod des Verschollenen glaubt. Allerdings findet die Sache damit nicht vollkommen ihre Lösung; denn wenn der für tot Erklärte noch lebt, so kann jeder der neuen Ehegatten, der gutgläubig geheiratet hat, diese neue Ehe wegen Irrtums anfechten, denn der Irrtum, daß ein eheloser Zustand vorliegt, ist ein wesentlicher Irrtum. Der zurückkehrende Ehegatte aber hat kein Anfechtungsrecht: Enoch Arden müßte sich mit seinem Schicksal zufrieden geben. Ist die zweite Ehe mit Erfolg angefochten, dann ist sie nichtig, und dann besteht notwendig die erste Ehe weiter, denn diese wird nur durch die gültige zweite Ehe vernichtet, §§ 1348—1352.

2. Juristische Personen[4]).

§ 11. Das Vorhandensein von G e s a m t w e s e n mit privatrechtlicher Wirksamkeit ist für unsere Kulturordnung unentbehrlich. Solche Gesamtwesen heißen juristische Personen; ihre

[1] Die Gefahr ist noch nicht vorhanden, wenn ein Verhältnis eintritt, aus dem eine Gefahr hervorgehen kann, also noch nicht mit dem Besteigen eines Luftschiffs oder dem Beginn einer Klettertour, Lehrbuch I S. 291.

[2] Weiteres darüber Lehrbuch I S. 294. Vgl. auch Schweizer Gesetz a. 548.

[3] Geschichtliches bei D o n a t i, esigenza storica della dissolubilità del vincolo nuziale dell' assente (1911); hier auch S. 32, 33 der Fall des falschen Martin Guerre (Parlament Toulouse 12. September 1560) und des falschen Maillard (Parlament Paris 15. März 1674). Vgl. zum Ganzen auch H e r b e r t M e y e r, Rechtsschein des Todes S. 19.

[4] Lehrb. I S. 320 f., S a l e i l l e s, Personnalité juridiques (1910), M e s t r e, Personnes morales (1899), B o s e l l i, Teoria della persona guiridica (1910), R o g g e, Die Rechtsperson (1911, sehr bemerkenswert). Den neuen H ö l d e r - B i n d e r schen Versuch, die juristische Person auszuschalten und ihre Rechte an Menschen anzuknüpfen (vgl. B i n d e r, Das Problem der

Bedeutung besteht darin, daß sie Rechtssubjekte darstellen, deren Rechtsbeziehungen völlig von den Rechtsbeziehungen ihrer etwaigen wechselnden und wandelnden Mitglieder unabhängig sind. Der Grundgedanke der juristischen Person als eines Rechtssubjektes, d. h. eines Trägers von Rechten, dem zugleich durch die Wirksamkeit seiner Organe Geschäftsfähigkeit und Verantwortungsfähigkeit zusteht, ist im BGB., wie natürlich, zum vollen Ausdruck gekommen: er ist eine unerschütterliche Errungenschaft unserer Rechtsentwicklung, und er besteht auch, wenn man die anthropomorphistische Anschauung nicht teilt, daß die juristische Person denke und handle ähnlich einer physischen, daß die Gesamtheit ihrer denkfähigen Mitglieder ihr einen neuen Denkapparat und die Gesamtheit der willensfähigen Mitglieder ihr einen neuen Willensapparat schaffe. Derartiger Annahmen bedarf es nicht, und noch weniger bedarf es einer Fiktion, um die juristische Person zu erklären; denn wenn sie als Rechtssubjekt durch ihre Organe handelt, so ist die Aufstellung der Organe und die Verknüpfung mit ihr nichts Fiktives, sondern etwas völlig Wirkliches. Ebensogut, wie man dem Tisch und dem Stuhl Beine geben kann, welche ähnliche Funktionen vollziehen wie unsere natürlichen Beine, ebensogut kann man den juristischen Personen Organe verleihen, und man wird hier ebensowenig von uns verlangen, anzunehmen, daß diese Organe als menschliche Gehirnorgane betrachtet werden sollen, als man bei den Stuhlbeinen die Idee verlangt, daß wir uns wirkliche Beine vorstellen sollen.

Im übrigen ist die Lehre von den juristischen Personen im BGB. nicht vollständig erledigt worden. Einmal finden wir hier über die öffentlichen Korporationen sehr wenige Bestimmungen, weil deren Regelung und Gestaltung dem Staats- und Verwaltungsrecht angehört [1]. Eine Bestimmung allerdings gilt für Körperschaften aller Art, soweit sie privatwirtschaftlich hervortreten: die Körperschaft haftet für das Verschulden des Vorstandes, sowohl des allgemeinen Vorstandes als der Teilvorstände, § 31 BGB. Dies gilt auch von dem Staat, § 89 BGB., jedoch nur, soweit er in fiskalischer Eigenschaft handelt; soweit er kraft seiner Staatshoheit handelt, gilt a. 77 BGB. und das Landesrecht [2]. Aber auch was die privatrechtlichen Personen betrifft, so muß zwischen den ausdrücklichen und stillschweigenden juristischen Personen unterschieden werden, denn das BGB. kennt eine Reihe von Fällen, in denen konstruktiv eine juristische Person angenommen werden muß, ohne daß ausdrücklich von einer solchen die Rede ist; so z. B. bei einer Sammlung zugunsten eines bestimmten Zweckes (§ 1914 BGB.), so bei dem nasciturus, so bei dem zukünftigen Nacherben, so beim Nachlaß, der in Nachlaßverwaltung steht usw. [3]. Was aber die ausdrücklichen juristischen Personen betrifft, so unterscheidet das BGB. Vereine und Stiftungen.

§ 12. Das Vereinswesen ist in folgender Weise geregelt: Das BGB. unterscheidet wirtschaftliche und Idealvereine; wirtschaftliche Vereine sind wieder teils

---

juristischen Persönlichkeit, 1907, und an anderen Orten) kann ich nur für unergiebig halten. Die Meinung, daß bei der Stiftung der Stiftungsverwalter als Vermögenseigner anzusehen sei, ist ja längst schon von anderen aufgestellt und daraufhin wiederlegt worden, so von Serment. Associations et corporations (1877), und vgl. hiergegen meine Rezension in Z. f. franz. Zivilrecht X S. 83.

[1] Waldecker, Über den Begriff der Korporationen des öffentlichen Rechts (1913). Die landesgesetzlichen Sondervorschriften über den Fiskus behandelt Weyl, Der Fiskus im gegenwärtigen deutschen Privatrecht (1907), Festgabe für Hänel S. 23.

[2] So Preuß. Ges. v. 1. August 1909 über Haftung des Staates und anderer Verbände für Amtspflichtverletzungen von Beamten bei Ausübung der öffentlichen Gewalt; vgl. auch neuerdings RG. 23. Januar 1912 Entsch. 78, 325 (der Arzt in einer Strafanstalt handelt kraft Staatshoheitsrechts); anders der Arzt in der Krankenanstalt einer Gemeinde: hier haftet die Gemeinde nach § 278, RG. 30. Oktober 1906 Entsch. 64 S. 231. Im allgemeinen RG. 9. November 1905 Entsch. 62 S. 31.

[3] Über die stillschweigenden juristischen Personen Lehrb. I S. 354; Leonhard, Allgemeiner Teil des BGB. S. 110, der von verkannten juristischen Personen, Goldschmidt, Nachlaßpflegschaft (1905) S. 142 f., der von Quasipersonen spricht. Über das Sammelvermögen insbesondere Seckel in den Verhandl. des XXX. Juristentages, Brinkmann-Bondi, Altes und Neues über Sammelvermögen S. 49 f., Jörges, Spendungsgeschäft und Sammelvermögen (1910) und hierzu meine Besprechung in der Rhein. Zeitschr. III S. 368. Auch das RG. 9. März 1907 Entsch. 67 S. 277, 281 spricht davon, daß den noch unerzeugten Nachkommen fingierte Rechtspersönlichkeit dann verliehen ist, wenn sie als Nacherben oder Vermächtnisnehmer gültig bedacht worden sind; weshalb auch ein Hypothekeneintrag zu ihren Gunsten möglich ist, (unten S. 172), ebenso eine klagweise Geltendmachung ihres Rechts, RG. 20. Januar 1900 Entsch. 73 S. 5, sowie die Ernennung eines Testamentsvollstreckers § 2222; weshalb auch eine erkannte Nachlaßverwaltung nicht beliebig aufgehoben wird, Kamm.G. 10. April 1912 Freiw.G. XII S. 108.

solche, die durch die Reichsgesetzgebung anderwärts geregelt sind, teils solche, die einer solchen reichsrechtlichen Regelung entbehren; über die Idealvereine dagegen bestimmt das BGB. allein. Diese Sätze dürfen aber nicht übertrieben werden, denn zwei der bekanntesten handelsrechtlichen Vereinsformen, die Aktiengesellschaft und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, sind Gesellschaftsformen, die für all und jeden Zweck gewählt werden können: sie sind in ihrem Wesen zwar als wirtschaftliche Vereine gedacht, lassen sich aber auch für ideale Zwecke verwenden. Es kann also nach wie vor eine Aktiengesellschaft gegründet werden für einen Freimaurerverein, für ein Museum oder für religiöse Zwecke. Schon die Formen eines solchen Vereins und die Gliederung enthalten in sich eine gewisse Regelung, welche, wenn nicht in allen, doch in vielen Fällen, einen Mißbrauch ausschließt, wozu die Bedeutung der Amortisationsgesetze kommt, von denen alsbald (S. 17) die Rede sein wird.

Die übrigen wirtschaftlichen Vereine aber, die nicht durch die sonstige Reichsgesetzgebung geregelt wurden, sind als Verleihungsvereine gedacht, d. h. es bedarf einer besonderen verwaltungspolitischen Verleihung, § 22 BGB. Der Grundgedanke ist der: Wenn allenfalls außerhalb der Formen der Aktiengesellschaft, außerhalb der Formen der Gesellschaft mit beschränkter Haftung und der übrigen handelsrechtlichen Formen weiterhin wirtschaftliche Vereine gegründet werden wollen, so ist es Sache der Staatsverwaltung, im einzelnen Falle, nach Maßgabe des Zweckes, der in Aussicht genommenen Organisation und der finanziellen Grundlegung, die Genehmigung zu erteilen oder zu verweigern, z. B. bei Kolonialgesellschaften, welche sich nicht in eine der oben bezeichneten Formen fügen wollen. Für Kolonialgesellschaften gilt insbesondere der § 11 f. des Schutzgebietsgesetzes vom 10. September 1900; sie unterstehen der Aufsicht des Reichskanzlers. Eine Reihe von Kolonialgesellschaften sind auf Grund solcher Sondergesetze ins Leben getreten, so die Togogesellschaft, die Deutsch-Westafrikanische Handelsgesellschaft, die Deutsch-Westafrikanische Bank, die Kolonialeisenbahnbau- und -Betriebsgesellschaft, die Pflanzungsgesellschaft Kpeme, die Agupflanzungsgesellschaft u. a.

Wirtschaftliche Vereine aber sind solche, die prinzipiell einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb bezwecken, d. h. einen Betrieb, welcher durch Spekulation zum Gewinn oder mindestens zur Ausgleichung von Ausgabe- und Einnahme führen soll. Hierbei ist es gleichgültig, ob die Spekulation nach außen oder nach innen geht. Eine produktive Aktiengesellschaft ist ebenso ein wirtschaftlicher Verein wie ein Konsumverein[1]. Wo aber eine solche wirtschaftliche Spekulationsweise nicht gegeben ist, sondern die Vereinszwecke durch Zuschuß erreicht werden müssen, liegt ein Idealverein vor, z. B. wenn ein Verein für seine Mitglieder oder für dritte Personen zur unentgeltlichen Benutzung Wohnung, Bibliothek, Sportbedürfnisse oder irgend sonstige Dinge beschafft. Diese Idealvereine sollen Rechtsfähigkeit erwerben durch Eintragung, und diese Eintragung muß geschehen, sobald der Verein in entsprechender Weise angemeldet ist und bei der Polizei keinen Widerstand findet. Ein solcher Widerstand aber kann erfolgen, wenn der Verein gegen das öffentliche Vereinsgesetz verstößt, oder wenn er nach dem Vereinsgesetz verboten werden kann, oder wenn er einen politischen, sozialpolitischen oder religiösen Zweck verfolgt. Darum muß das Registergericht der Verwaltungsbehörde Mitteilung machen, und diese kann (innerhalb sechs Wochen) gegen den Verein Einspruch erheben, welcher Einspruch aber im verwaltungsgerichtlichen Wege erledigt werden kann. Erst mit der Eintragung erwirbt der Verein Rechtsfähigkeit. Zur Eintragung gehört aber, daß er bereits einen Vorstand hat, daß Statuten (Satzung) festgesetzt sind, und daß diese Satzung von mindestens sieben Mitgliedern unterzeichnet wird. Zweck, Name und Sitz müssen angegeben werden. Außerdem soll die Satzung noch verschiedene andere Bestimmungen enthalten, § 55 f. BGB.

Diese Bestimmungen sind lästig und überflüssig. Das Schweizer ZGB. hat in a. 60 mit Recht die Sache vereinfacht: es verlangt nur schriftliche Fassung der Statuten, wobei der Vorbehalt gilt, daß Personenverbindungen zu unsittlichen oder widerrechtlichen Zwecken keine Persönlichkeit erlangen, a. 52.

Wird ein Verein zu Unrecht als Idealverein eingetragen, während er ein wirtschaftlicher ist, so hat der Verein doch Persönlichkeit, wenigstens solange sie ihm nicht gerichtlich aberkannt wird[2].

[1] Unrichtig OLG. Karlsruhe 20. Dezember 1911, Bad. Rechtspraxis 1912 S. 25.

[2] So Lehrbuch I S. 383. Dies hat auch das RG. angenommen 17. Januar 1913 Entsch. 81 S. 206, auch Kammergericht 18. März 1913 Entsch. f. Gerichtsb. XII S. 240. Es bleibt nur dem

Was den Vermögenserwerb der Vereine betrifft, so ist reichsgesetzlich (EG. Art. 86) bestimmt, daß jedenfalls Erwerbungen von nicht über 5000 Mark an juristische Personen ohne Genehmigung statthaft sind. Dagegen hat das Einführungsgesetz den Vorbehalt, daß, sofern es sich um Zuwendungen über diese Summe handelt, die Landesgesetzgebung beschränkende Vorschriften geben kann. Dies ist z. B. in Preußen geschehen, indem Schenkungen und Verfügungen von Todes wegen zugunsten juristischer Personen, wenn sie diesen Betrag übersteigen, einer staatlichen Genehmigung bedürfen; aber noch mehr: Erwerbungen von Grundstücken (über 5000 Mk.), selbst die unter belastetem Titel, bedürfen der staatlichen Genehmigung, so Artikel 6 und 7 des preußischen Ausführungsgesetzes; und zwar gilt dies nicht nur für derartige Vereine, es gilt unter Umständen auch für Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung [1]. Ausgenommen sind offene Handelsgesellschaften, deren juristische Persönlichkeit wegen der unbeschränkten und völlig unbedingten Haftung der Gesellschafter nicht akut zutage tritt, und ausgenommen sind auch die stillschweigenden juristischen Personen, z. B. ein in Nachlaßverwaltung stehender Nachlaß.

Die Eintragung von Idealvereinen ist in Deutschland nicht die Regel, die meisten Vereine sind uneingetragene Vereine; diese aber sind vom Gesetze fast gänzlich im Stiche gelassen: für sie gilt nur der § 54 BGB., welcher sie der Regel der Gesellschaft unterwirft [2]. Sie haben also eine gesellschaftliche Organisation, das Vermögen gehört den einzelnen Vereinsmitgliedern zu gesamter Hand, nur daß diese Genossen in Vereinsweise wechseln können, ohne daß sie das Recht haben, einen Teil des Vereinsvermögens mitzunehmen; durch ihren Tod hört das gesellschaftliche Gefüge nicht auf; die Haftung der Mitglieder muß als eine bis zu der Höhe des Vereinsvermögens beschränkte Haftung angesehen werden, und zwar beschränkt kraft stillschweigender Vereinbarung, weil die Gläubiger nicht mit den Gesellschaftern, sondern mit einem „Verein" kontrahieren. Außerdem haften nach § 54 BGB. die im Namen des Vereins Handelnden, obgleich sie nicht im eigenen Namen gehandelt haben, persönlich und gesamtschuldnerisch. Dazu besteht noch die Besonderheit, daß derartige Vereine zwar nicht klagen können — die einzelnen Vereinsgenossen müssen klagen, was aber, wenn ihre Zahl nicht zu groß ist, keine besonderen Schwierigkeiten macht [3] —; dagegen können sie als Vereine verklagt werden; denn prozessualisch, aber nur für die Beklagtenrolle, ist ihnen eine juristische Persönlichkeit gegeben durch §§ 50, 735 ZPO. und § 213 KO. [4]. Auf solche Weise können die nicht eingetragenen Vereine zur Not existieren; Grundstücke können auf den Namen eines Treuhänders eingetragen werden, und Zuwendungen können an einen Treuhänder erfolgen. Gegenüber diesen Nachteilen haben sie zwei Vorzüge:

1. daß sie nicht der landesgesetzlichen Erwerbsbeschränkung unterstehen, denn sie sind keine juristische Personen,

2. daß sie nicht für das Verschulden ihres Vorstandes haften, was bei allen Körperschaften und allen juristischen Personen nach § 31 BGB. der Fall ist [5].

Registergericht und dem vorgesetzten LG. vorbehalten, das Löschungsverfahren kraft §§ 142, 143, 159 GfG. herbeizuführen.

[1] Des näheren gilt folgendes: Preußische Aktiengesellschaften oder Gesellschaften m. b. H. bedürfen dieser Genehmigung nicht; außerpreußische deutsche Gesellschaften dieser Art bedürfen ihrer, wenn es sich um über 5000 Mk. handelt; außerdeutsche Gesellschaften dieser Art bedürfen ihrer stets, auch wenn es sich um weniger als 5000 Mk. handelt, Art. 7 AG. zum BGB. (letzteres kraft Art. 88 EG.). Alles das ist recht trostlos. Übrigens macht das Hypothekenbankgesetz v. 13. Juli 1899 § 5 für deutsche Hypothekenbanken eine Ausnahme. Bei der Berechnung der 5000 Mk. wird, wenn es sich um eine Erbschaft handelt, der Bruttowert berücksichtigt, RG. 17. Juni 1911 Entsch. 76 S. 384.

[2] So auch das Schweizer Gesetzbuch a. 62 bezüglich der Vereine ohne Persönlichkeit; aber dieser Fall kommt eben in der Schweiz selten vor.

[3] Weiterungen können eintreten, wenn der Beklagte behauptet, daß noch andere Mitglieder vorhanden sind. Der Austritt von Mitgliedern nach der Klage und der Neueintritt nach der Klage ist bedeutungslos. Vgl. RG. 13. Dezember 1911 Entsch. 78 S. 101.

[4] Über diese Fragen vgl. Lehrbuch I S. 407 f., worin auch ausgeführt ist, daß solche Vereine als beschränkt rechtsfähige Vereine, nicht als rechtsunfähige Vereine zu bezeichnen sind. Die Lage der Vereine ist daher durch das BGB. nicht viel verbessert worden. Die Entscheidungen früherer Zeit (bis 1878) sind von mir zusammengestellt worden in Z. f. franz. Civilrecht X S. 91 f. Geschichtliches bei Neubecker, Vereine ohne Rechtsfähigkeit (1908), S. 60 f.

[5] So jetzt auch RG. 25. September 1913 bei Neukamp, Leipziger Z. VIII S. 338, wo auch Entscheidungen anderer Gerichte angeführt sind.

Man sieht hieraus, wieviel besser das Schweizer Gesetzbuch getan hat, dem freien Zug des Lebens zu folgen. Und insbesondere ist es völlig abwegig, wenn das Vereinsgesetz die Freiheit des Vereinswesens proklamiert und das bürgerliche Gesetz es versucht, ihre vermögensrechtliche Existenz an Beschränkungen zu knüpfen. Stets wird das Leben die ungehörigen Beschränkungen durchbrechen; auch ist es vergebens, durch Eintragungssystem zu hindern, daß Vereine begründet werden, welche unsittliche, die Persönlichkeit bedrückende und ihr Tun vergewaltigende Einzelheiten enthalten. Vereine, welche solche Einzelheiten in einer bestimmenden, nicht bloß akzessorischen Weise in sich fassen, sind natürlich so geartet, daß jedem Mitglied jederzeit der Austritt gestattet ist [1].

Von der Organisation der rechtsfähigen Vereine ist zu sagen, daß sie notwendig einen Vorstand und regelrecht eine Mitgliederversammlung haben. Die Mitgliedschaft ist im Zweifel persönlich und der Austritt frei. Doch kann etwas anderes ausgemacht werden, jedoch nur so, daß die Mitgliedseigenschaft mit höchstens zweijähriger Frist kündbar ist; eine stärkere Bindung kann in den Statuten nicht bestimmt werden (§ 39) [2]. Sonderrechte der Mitglieder sind unantastbar, § 35 [3].

Auch über die Ausschließung von Vereinsmitgliedern durch Vorstand oder Mitgliederversammlung oder ein sonstiges Vereinsorgan können die Satzungen bestimmen. Über die Gründe, welche diese Ausschließung betreffen, kann die Satzung frei verfügen; sie kann insbesondere festsetzen, daß die Ausschließung nicht nur dem billigen Ermessen, sondern auch dem freien Belieben des Vorstandes anheimsteht, so daß von einer Nachprüfung keine Rede ist; und wenn in einem solchen Falle der Vorstand erklärt, daß er eine Person deswegen ausschließt, weil er sie für vertrauensunwürdig halte, oder weil ihre Mitgliedschaft den Gesellschaftsinteressen widerspreche, so liegt dies vollständig innerhalb der Befugnisse der Vereinsorgane, und ein Nachprüfungsrecht der Gerichte kann nur nach der Richtung erfolgen, ob das satzungsmäßige Verfahren beobachtet worden ist. Es wäre eine Vergewaltigung der Vereine, wenn man ihnen nicht gestattete, freie Disziplin zu üben und über Vertrauen und Vertrauensprüfung selbst zu bestimmen. Ein Mitglied, welches sich dem nicht unterwerfen will, soll sich einem Verein nicht anschließen [4]. Anders natürlich, wenn ein solches Ausschließungsrecht in den Statuten nicht bestimmt ist; es kann nicht etwa hineingelegt werden [5].

Man hat die Frage aufgeworfen, ob die Bestimmungen des Vereinswesens des BGB. auch für *Aktiengesellschaften*, überhaupt also für die Vereine der sonstigen Reichsgesetze gelten. Das muß verneint werden, denn die gesetzlichen Bestimmungen über derartige Vereine, namentlich über Aktiengesellschaften, bieten ein geschlossenes Ganze und beruhen auf so sonderlichen und eigenartigen Erwägungen, daß eine Herübernahme von Bestimmungen des BGB. unorganisch in den ganzen Bau eingreifen würde. Daher ist auch aus Art. 2 EG. zum HGB. nichts Gegenteiliges zu entnehmen. Nur die eine Bestimmung, die nicht bloß von Vereinen, sondern überhaupt von allen juristischen Personen gilt, daß juristische Personen für den Vorstand und die Organe verantwortlich sind, muß auch dort angenommen werden. Vgl. §§ 31, 85, 89 des BGB.

§ 13. Im Gegensatz zu den Vereinen stehen die *Stiftungen*. Sie sind durchaus nicht Verbandspersonen, weshalb dieser an sich schon unschöne Ausdruck als Gesamtausdruck für juristische Personen sich nicht halten läßt; sondern es handelt sich hier um eine einem Zweck gewidmete Vermögenseinheit, welche, um diesem bestimmten Zwecke zu dienen, Rechtsfähigkeit erlangt; und während daher bei einer Körperschaft die Mitglieder die Satzung ändern können,

[1] Lehrbuch I S. 362. Nach Schweizer ZGB. § 78 kann zutreffend ein Beteiligter oder die zuständige Behörde die Auflösung durch Klage herbeiführen.

[2] Über die Verbindung von Vereinen zu Gesamtvereinen vgl. Lehrbuch I S. 405 und Moderne Rechtsprobleme (Bundesstaat und Bundesverein) 2. Aufl. S. 76.

[3] *Markowitsch*, Das Problem der Sonderrechte der Körperschaftsmitglieder, 1910.

[4] Der richtige Grundsatz ist auch von dem Reichsgericht verschiedenfach ausgesprochen worden, so in den Entscheidungen vom 27. März 1900, 30. Oktober 1901, 17. November 1902, 23. Mai 1906, J.W. 1900, S. 417, Entsch. 49, S. 150, J.W. 1903, Beilage 1, S. 3, J.W. 1906 S. 416. Dies gilt auch für sog. nichtsrechtsfähige Vereine; vgl. *Leist*, Strafgewalt moderner Vereine (Rektorrede 1901), S. 41 f. Über die Zwangsgewalt der Vereine überhaupt vgl. *Leist*, Vereinswesen (1909), S. 20 f.

[5] RG. 23. März 1910 Entsch. 73 S. 187, *Hedeman*, Arch. f. b. R. XXXVIII S. 132.

ohne daß die Körperschaft eine andere wird, so steht es den Organen einer Stiftung nicht zu, den satzungsmäßigen Stiftungszweck zu ändern. Während dort die Personen die Herren des Zweckes sind, sind sie hier seine Knechte; vor allem sind die Stiftlinge Destinatäre, aber nicht Mitglieder.

Die Lehre von den Stiftungen ist vom BGB. nur ziemlich unvollständig behandelt worden. Die Stiftung entsteht durch das sogenannte Stiftungsgeschäft: eine einseitige Erklärung, die unter Lebenden oder von Todeswegen erfolgen kann, und die einen bestimmten Zweck bezeichnen muß, welcher durch eine Vermögensmasse erreicht werden soll, und zu gleicher Zeit ein Vermögen, das diesem Zwecke zu dienen hat. Dieses Stiftungsgeschäft, das, wenn unter Lebenden, schriftlich, wenn von Todes wegen, in der dem entsprechenden Form zu geschehen hat, ist der staatlichen Genehmigung unterworfen worden (§ 80 f. BGB.[1]), weil man geglaubt hat, daß eine solche Herrschaft des Zweckes über die Menschen manche Bedenken haben könne und daher nur nach Prüfung des einzelnen Falles zuzulassen sei[2]. Allerdings ist das Stiftungswesen an und für sich ein kraftvoller Zeuge dafür, daß edle Instinkte in der Menschheit walten; meist sind die Stiftungen Ausfluß irgendeines Gefühls für das Menschenwohl, für religiöse, wissenschaftliche, künstlerische Zwecke. Schon das Altertum kannte das Stiftungswesen, schon der Orient, nicht erst die christlich römische Kaiserzeit. Das Griechentum ist überreich an Stiftungen, sowohl für den Kultus als für das Wohl und den Lebensgenuß der Menschen: fast jede griechische Stadt weist ihre Stiftungen auf, vom 4. Jahrhundert vor Christus an bis tief in die römische Kaiserzeit hinein. Anderseits ist es immerhin möglich, daß Stiftungen auch bedenklich wirken, daß sie der Eitelkeit und der prahlerischen Selbstverherrlichung dienen und zu Zwecken geschaffen werden, die wir nicht anerkennen. Man denke sich z. B. eine Stiftung für den Jahrestag einer anarchistischen Tat oder eine Stiftung zur Förderung staatsfeindlicher Lehren. Auch eine Stiftung, welche Leute zu Lächerlichkeiten zwingen würde, eine Stiftung mit Vermummungen, Verkleidungen, abergläubischen Hantierungen usw., die nicht etwa einem Gefühl des gesunden Humors entsprechen, könnte ohne weiteres abgelehnt werden. Außerdem glaubte man der zu starken Amortisation des Vermögens entgegenzutreten; so findet man z. B. im Islam, daß das dortige Stiftungsgeschäft, der Wakf, vielfach den größten Teil des Grundeigentums überwuchert hat.

Eine genehmigte Stiftung ist mitunter hinfällig, weil das Stiftungsgeschäft z. B. das Testament nichtig war oder nachträglich aufgehoben worden ist. Trotzdem muß eine gutgläubig bezogene Stiftungsrate bestehen bleiben. Man denke z. B. an eine Anfechtung des Nobeltestaments! Die Stiftung hat dann insofern eine unvollkommene Existenz; erst durch die Nichtigerklärung wird sie vollkommen nichtig, es gilt die Analogie von §§ 309—311 HGB. Übrigens kann das Stiftungsgeschäft nicht nur durch eine, es kann (unter Lebenden) auch durch eine Mehrheit von Personen erfolgen, durch ein Komitee, durch einen Verein; so insbesondere mit durch das Komitee gesammelten, durch den Verein aufgebrachten Mitteln.

Die Verwaltung der Stiftung ist größtenteils der Bestimmung der Landesgesetzgebung überlassen, sofern die Stiftungssatzungen keine Bestimmung treffen.

Das Recht des Stiftlings auf einen Stiftungsbetrag ist teils von Anfang fest bestimmt, teils von der Erklärung des Stiftungsvorstandes oder anderer stiftungsgemäßer Organe abhängig. Das in der einen oder anderen Weise entstandene Recht ist kein Forderungsrecht, sondern ein Wertrecht am Stiftungsvermögen.

Im Altertum war es gewöhnlich, daß man die Stiftung an eine andere Persönlichkeit anreihte: die sogenannten unselbständigen oder fiduziarischen Stiftungen. Das BGB. hat leider trotz meines Hinweises diese Form nicht geregelt, und doch ist sie noch heutzutage sehr häufig. Man denke z. B. an die vielen Stipendienstiftungen, die mit den Universitäten verbunden sind[3]. In solchem Falle liegt zwar auch eine Stiftungsperson vor, aber eine solche, die

---

[1] Auch hier ist das Schweizer Recht freier: es stellt die Stiftung unter Aufsicht, verlangt aber zu ihrem Entstehen keine staatliche Mitwirkung, außer soweit wegen mangelhafter Organisationsbestimmungen staatlich nachgeholfen werden muß, a. 83 Schweizer ZGB.

[2] Lehrb. I S. 415.

[3] Vgl. Lehrbuch I S. 412, Arch. f. b. R. III S. 268. Auch für Fabrikkassen, für Wohlfahrtsinteressen der Arbeiter gilt das gleiche: sie sind fiduziarische Stiftungen, die dem Fabrikvermögen gegenüber ein selbständiges Dasein führen.

in normalen Fällen mit der Universität identisch ist, so daß die Universität zu gleicher Zeit für das eigene Vermögen und zu gleicher Zeit für das Vermögen einer jeden ihrer Stipendienstiftungen eine Persönlichkeit repräsentiert; und nur in den Fällen, wo etwa ein Zusammenstoß der Interessen vorläge oder gar ein Prozeß nötig wäre, wenn z. B. die Universität für den Verlust einer Stiftung verantwortlich gemacht werden sollte, müßte eine besondere Persönlichkeit für die Stiftung konstruktiv geschaffen und ein Pfleger als Organ dieser Persönlichkeit bestellt werden (vgl. § 1914 BGB.).

Viertes Buch.

Rechtsobjekte.

1. Allgemeines.

§ 14. Rechtsobjekte können Lebensgüter aller Art sein, nicht nur körperliche, sondern auch unkörperliche. Hier ist zunächst von den Sachen, d. h. den körperlichen Gegenständen und den Sachzusammenhängen zu sprechen [1].

Hier pflegt man verschiedene Einteilungen zu machen: man pflegt von Gattungssachen und von vertretbaren (fungibeln) Sachen zu sprechen. Diese Begriffe haben meist schuldrechtlichen und nur ausnahmsweise allgemein juristischen Bezug, namentlich der Begriff der Gattungssache nur, wenn er in den Begriff der vertretbaren Sache ausmündet [2].

Die Gattungssache hängt mit dem philosophischen Unterschied zwischen Begriff und Sache zusammen. Gattungssache ist jede Sache, die sich innerhalb eines weiteren oder engeren Begriffs bewegt, wobei allerdings bemerkt werden muß, daß die Begriffe nicht etwa bloß die allgemeinen Begriffe der Sprache, sondern auch die speziell geschaffenen Begriffe des Lebens sind. So kann der Wein, der aus einem bestimmten Weinberg gezogen wird, so können die Äpfel eines bestimmten Baumes zu einem Begriff zusammengefaßt werden.

Eine konkrete Sache nun entspricht den Erfordernissen der Gattungssache, wenn sie innerhalb der Gattung liegt und den Gattungsmerkmalen entspricht. Die Beziehung dieser konkreten Sache zur Gattung ist natürlich nicht eine Beziehung zwischen einem Individuum und einer Unzahl anderer Individuen, sondern eine Beziehung zum Begriff; und wenn der Schuldner eine Gattungssache leisten soll, so hat er eben eine Sache in irgendeiner Weise aufzutreiben, welche innerhalb des Begriffes liegt. Man spricht hier von Ausscheidung, aber dieser Ausdruck ist verfehlt und führt zu falschen Vorstellungen: von einer Wahl ist natürlich gar keine Rede, und der Unterschied zwischen Wahl- und Gattungsverpflichtung ist begrifflich so groß, als nur ein Unterschied sein kann, obgleich im Leben manchmal Zweifel bestehen; allein der Zweifel muß sich bei vernünftiger Behandlung sofort beschwichtigen [3].

Vertretbare Sachen (§ 91 BGB.) sind solche Gattungssachen, deren Gattungsbegriff nicht willkürlich gebildet, sondern durch den Verkehr und die Verkehrsübung gegeben ist. Hierbei können die Umstände des Verkehrs mitspielen, denn die Verkehrsbegriffe sind nicht in der Art realistische Begriffe, daß sie außerhalb der menschlichen Wirksamkeit stünden, sondern sie sind nach gewisser Seite hin Menschenwerk. So kann z. B. der Wein eines bestimmten Hügels ein allgemein verkehrsbegrifflicher Wein sein, wie z. B. Steinwein oder Berncasteler Graben: je berühmter der Wein, desto mehr wird sich ein solcher Verkehrsbegriff bilden, während, wenn

[1] Ganz zu verwerfen ist der Gegenstandsbegriff Sohms, Gegenstand (1905) und Arch. f. b. R. XXVIII S. 173 f., Jahrb. f. Dogmatik **53** S. 373, welcher Sachen und Rechte, wie das Erbbaurecht, die Dienstbarkeiten, die Hypothek, die Grundschuld, die Immaterialgüterrechte (nicht etwa die Immaterialgüter) als Gegenstände nebeneinander stellt und Objekt und Recht am Objekt in der sonderbarsten Weise vermengt. Dies kann nur Unklarheit stiften. Hiergegen mehrfach Binder, Z. f. Handelsrecht **59** S. 64 f., Arch. f. b. R. XXXIV S. 209. Gegen den durch Sohms Gegenstandslehre wiedererweckten Begriff des Rechts am Recht vgl. Krückmann, Arch. f. ziv. Praxis **103** S. 170 f., 259 f., 304 f.

[2] Lehrbuch I S. 466.

[3] Daß die Gattung keine unübersichtliche oder schwer übersichtliche Masse zu sein braucht, bemerkt richtig Kisch, Gattungsschuld und Wahlschuld (1912) S. 176.

sonst etwa der Wein eines bestimmten Weinberges oder das Öl eines bestimmten Ölberges gekauft wird, diese Einheit zwar eine Gattungszusammenfassung, aber keine verkehrsbegriffliche Zusammenpassung ist. Für vertretbare Sachen aber gelten noch ganz besondere Grundsätze; vor allen ist ein Darlehen nur bei vertretbaren Sachen möglich, ebenso eine Verzinsung. Auch bei der Aufrechnung und in sonstigen Rechtsbeziehungen spielt der Begriff der Vertretbarkeit eine Rolle, §§ 607, 700 BGB. u. a.

§ 15. Neben den Sachen gibt es unkörperliche Gegenstände und insbesondere Immaterialgüter. Zu den ersten gehört die Elektrizität, zu den letzten gehören die Güter des Urheber- und Erfinderrechts. Hiervon wird später die Rede sein. Urheber- und Erfinderrecht werden eine besondere Behandlung finden.

2. Zusammenhänge.

§ 16. Der wirtschaftliche Zusammenhang kann Sachen mit Sachen, aber auch Sachen mit Rechten in Verbindung setzen, und diese Verbindung ist für die Rechtsverhältnisse bedeutsam, denn das Recht hat der Wirtschaft zu dienen und damit der menschlichen Kultur.

Der Zusammenhang kann erstens das einfache Zubehörverhältnis sein, indem die eine Sache der anderen dient, als Nebensache der Hauptsache, so daß auf solche Weise ein wirtschaftliches Gesamtergebnis herauskommt. Ist die eine Sache unbeweglich, die andere beweglich, dann gilt es als selbstverständlich, daß die unbewegliche die Hauptsache ist und die bewegliche die Zubehöreigenschaft hat. Handelt es sich um eine bewegliche Sache, die zu einer beweglichen hinzutritt, dann ist die überwiegende Bedeutung maßgebend.

Der Zusammenhang kann zweitens die Art eines verbundenen Zubehörs sein, wenn die Zubehörsache mit der Hauptsache in feste Verbindung gebracht worden ist; dann treten besondere Rechtserscheinungen ein.

Der Zusammenhang kann drittens der Zusammenhang zu einer Unternehmereinheit sein, in welchem Falle ohne eine solche feste Verbindung doch energische Wirkungen eintreten, welche sonst nur der festen Verbindung eigen sind.

Der Zusammenhang kann viertens ein Grundstückszusammenhang sein, indem die Grundstücke zu einem Grundbuchblatt vereinigt werden, § 890.

Im Gegensatz zu diesem Sachzubehör steht die Rechtspertinenz, indem eine Sache nicht mit einer anderen, sondern mit einem Recht irgendwelcher Art in Verbindung tritt, so z. B. mit einem dinglichen Recht, mit einem Forderungsrecht oder auch mit einem Rechtsverhältnis.

§ 17. 1. Einfaches Zubehörverhältnis liegt vor, wenn ohne feste Verbindung die eine Sache als Hilfssache zu einer Hauptsache hinzutritt [1]. Vorausgesetzt ist, daß der Eigentümer (oder der gutgläubige Besitzer der Sache) die Zubehöreigenschaft begründet; tut es bloß der Mieter oder Nießbraucher, so wird die Sache nicht zur wirtschaftlichen Sacheinheit, sondern nur zur vorübergehenden Gebrauchseinheit eingefügt. Solches Zubehör bringt schon das agrarische Leben mit sich; denn hier bildet das Gut mit dem Gutsinventar eine Erwerbseinheit, und eine Trennung und Herauslösung der einen Sache aus dem Ganzen würde die Gesamtheit mit ihren Zielen und Erwerbskräften schädigen. Es zeigt sich hierbei klar, daß das Sachenrecht nicht nur durch die Naturbeschaffenheit der Sachen gekennzeichnet, sondern auch durch menschliche Zwecke beeinflußt wird. Die agrarische Einheit wird schon dadurch hergestellt, daß zwei agrarische Produktionen einander in die Hände arbeiten, z. B. eine Molkerei und eine Schweinezucht [2].

Mit dem Übergang zum Industriestaat nimmt das Zubehör noch eine ganz besondere Bedeutung an, denn gerade die Fabrikation setzt voraus, daß eine Menge, und zwar speziell nach einer bestimmten Richtung und für einen bestimmten Zweck gearbeiteter Geräte und Maschinen in das Fabrikgebäude gebracht werden, in welchem sie ihre Unterkunft und ihre Betätigung finden: Fabrikzubehör [3]. Man hat auch neutrale Sachen wie Kohlen, die zur

[1] Englisch: fixtures. Diese Eigenart des Zubehörs habe ich zuerst in dem Jahrbuch für Dogmatik XXVI S. 1 f. entwickelt. Ganz verkehrt Göppert, Organische Erzeugnisse (1869) S. 58 f.

[2] RG. 17. Oktober 1911 Entsch. 77 S. 241.

[3] Zubehör von Wirtschaften? OLG. Hamm, 14. März 1902, Mugdan V S. 78; Musikautomaten? OLG. Stettin, 24. Januar 1902, Mugdan ebenda IV S. 204.

Verwendung für die Fabrik bestimmt sind, hierher gezählt, ebenso die Materialreserven für Ausbesserungen; dies darf nur mit vieler Diskretion geschehen [1].

Die Eigenheit der Zubehörsache führt folgendes mit sich: die Vermögensschicksale der Hauptsache sollen auch die Zubehörsache treffen, und zwar nicht nur die Vermögensschicksale, die auf rechtsgeschäftlicher Verfügung beruhen, sondern auch andere Schicksale, die kraft Rechtssatzes eintreten. Gibt es z. B. gesetzliche Hypotheken oder richterliche Grundpfandrechte, so sollen diese nicht nur die Hauptsache, sondern auch das Zubehör treffen. Die wichtigste Folgerung hieraus ist die, daß, während es sonst keine Hypotheken an beweglichen Sachen gibt, die Grundstückshypothek auch die Zubehörsachen ergreifen kann und auch ergreift. Vgl. §§ 314, 926, 1120 f. BGB., §§ 21, 148 ZVG. [2].

Eine weitere und eine der wichtigsten Eigenheiten ist die, daß eine Zubehörsache nicht von der Hauptsache weggepfändet werden darf (§ 865 ZPO.).

Anderseits behalten die Zubehörsachen ihre besondere selbständige Stellung, und wenn sie z. B. einem Dritten gehören, so werden sie seinem Vermögen nicht dadurch entzogen, daß sie Zubehörsachen werden und hierdurch dem Grundstück eines anderen dienen [3]; und auch wenn sie dem Eigentümer der Hauptsache gehören, kann dieser in jedem Augenblick die Zubehöreigenschaft aufgeben und das Zubehör von der Hauptsache trennen; hierzu gehört aber faktische Trennung vom Grundstück [4].

Zubehörsachen gibt es auch bei beweglichen Gegenständen, § 97 BGB., nur daß hier die Hauptsache schwerer zu bestimmen ist; diese ergibt sich aus der wirtschaftlichen Zweckstellung. Die Grundsätze über Zubehör gelten auch hierfür [5].

Das Zubehör kann auch zwei Sachen dienen; es gelten dann die Regeln der unteilbaren Mitberechtigung [6].

2. Das verbundene Zubehör nennt das BGB. wesentlichen Bestandteil, ein Ausdruck, der zu vielen Mißverständnissen geführt hat, § 93 f. BGB. Aus dem Gesagten ergibt sich 1. Was wesentlicher Bestandteil sein soll, muß Zubehöreigenschaft haben, welche Eigenschaft aber nicht bloß durch Menschentat, sondern auch durch die Natur herbeigeführt werden kann. 2. Ein solcher unterscheidet sich von dem sonstigen Zubehör durch feste physische Verbindungen mit der Hauptsache [7].

Man hat vielfach nur das letzte Moment hervorgekehrt und dieses als das allein wesentliche betrachtet; dies ist unrichtig. Die festeste Verbindung bewirkt noch nicht, daß die Sache zum Bestandteil wird [8]. Sie wird nicht zum wesentlichen Bestandteil, wenn die eingebaute Sache ganz anderen Zwecken dient, wie z. B. wenn Gasröhren, elektrische Kabel gelegt werden, durch welche ein Gas- oder Elektrizitätswerk funktioniert: diese sind natürlich festes Zubehör oder Bestandteile des Gas- oder Elektrizitätswerkes, von dem aus die Leitung erfolgt [9].

---

[1] RG. 4. Juli 1911, Entsch. 77 S. 36; 5. Oktober 1907 Entsch. 66 S. 357.

[2] Diese Hypothek bleibt (als Pfandrecht) auch dann bestehen, wenn aus irgendeinem Grunde die Liegenschaft ohne das Zubehör versteigert worden ist, RG. 24. Oktober 1903 Entsch. 55 S. 415.

[3] Sie können daher nicht in die Zwangsversteigerung fallen; mindestens hat der Eigentümer dagegen die Befugnis des Widerspruchs, § 37 Ziff. 5 und § 55 ZVG. Stehen sie im Miteigentum mit einem Dritten, und hat der Dritte die Zubehörbenutzung gestattet, so muß er die Zwangsversteigerung gegen Abfindung dulden; a. A. Ziegler, Z. f. Rechtspfl. in Bayern VIII S. 169.

[4] Man hat behauptet, dies stehe in Widerspruch zu meiner Aufstellung von der allgemeinen wirtschaftlichen Bedeutung des Zubehörs, denn hiernach müsse beides untrennbar sein. Aber dies kann man nur behaupten, wenn man vergißt, daß jeder der Herr seines Vermögens ist und als solcher es nicht nur verbessern, sondern auch verschlechtern darf. Über die Hypothek an den getrennten Zubehörsachen vgl. §§ 1121, 1122 BGB., 23 ZVG. (sie müssen, um der Hypothek entzogen zu werden, entweder getrennt und veräußert oder innerhalb der Schranken einer ordentlichen Wirtschaft getrennt sein), RG. 11. März 1909 Entsch. 70 S. 318.

[5] Lehrbuch I S. 476 Arch. f. b. R. XXVI S. 200.

[6] Lehrbuch I S. 475. Über kasuistische Fragen vgl. Strucksberg, Kann nach BGB. eine Sache Zubehör mehrerer Hauptsachen sein? (1907) S. 40 f., Wimpfheimer, Arch. f. b. R. XXIX S. 84.

[7] Über die Art der physischen Verbindung (Einschrauben usw.) vgl. RG. 2. November 1907 Entsch. 67 S. 30, Aufliegen des Sachgebälkes RG. 3. Januar 1906 Entsch. 62 S. 248, Fensterläden RG. 8. Mai 1905 Entsch. 60 S. 421.

[8] So ist der eingegrabene Schatz nicht Bestandteil des Grundstücks.

[9] Dies habe ich auch schon in Z. f. franz. Civilrecht XXXII S. 58 ausgeführt; vgl. auch Schweizer ZGB. a. 676.

Das gleiche gilt, wenn eine Sache einer Dienstbarkeit halber auf dem dienenden Grundstück eingebaut ist; die Sache gehört als Rechtspertinenz zur Grunddienstbarkeit, nicht zum dienenden Grundstück[1].

Wenn ferner ein Erbbauberechtigter (Superfiziarberechtigter) im Gefolge dieses Rechtes ein Gebäude errichtet, so wird er Eigentümer des Eingebauten, und wenn also beispielsweise von diesem Gebäude ein Ziegel abfällt, so gehört er dem Erbbauberechtigten und nicht dem Eigentümer von Grund und Boden. Und ebenso ist es, wenn jemand z. B. kraft der Plakatmiete ein Plakat an der gemieteten Wand anbringt: er bleibt Eigentümer des Plakates, und es gehört nicht dem Eigentümer der Wand; und ebenso, wenn der Pächter eine Aufbewahrungshütte baut oder wenn der Mieter oder Nießbraucher einen Herd einfügt, § 95 BGB.: der Erbbauberechtigte, Mieter, Pächter, Nießbraucher fügt die Sache nicht für die Zwecke des Grundstücks ein, sondern für seinen eigenen Zweck, für so lange, als er in dieser Eigenschaft mit der Hauptsache zu tun hat, §§ 94, 95 BGB.[2]. Ein etwaiger Überbau, § 912 f. BGB., ist natürlich ein unbeweglicher Bestandteil des zu weit gebauten Grundstücks, und folgt seinen Hypotheken[3]. Dagegen gilt ein auf dem Grund und Boden der Gemeinde errichtetes Denkmal als Eigentum der Gemeinde, auch wenn seine Errichtung von einem Verein betrieben worden ist[4].

Nichtverbundenes Zubehör bleibt trotz der Zubehöreigenschaft beweglich. Die frühere Anschauung, welche das Zubehör eines Grundstückes immobilisierte (C. Nap. Art. 524: immeubles par destination), ist eine unrichtige Ausdrucksform für die oben betonte Beteiligung des Zubehörs an dem Schicksal des Grundstückes.

Verbundenes Zubehör dagegen wächst mit dem Grundstück zur Einheit zusammen und wird unbeweglich; noch mehr: es verliert seine selbständige Sachqualität und schmilzt als Teil mit der Hauptsache zusammen: ihr Eigentum ist sein Eigentum, ihr Recht ist sein Recht, § 946 BGB.

Doch kann ein jus tollendi als dingliches Recht begründet werden, wonach der ehemals Berechtigte befugt ist, die Trennung und damit den Rückfall des Eigentums zu verlangen. Ein solches jus tollendi kann vorbehalten werden, z. B. bei dem Einbau von Maschinen. Die deutsche Jurisprudenz ist hier nicht zu klaren Ergebnissen gediehen[5].

Was die sonstigen Einbausachen betrifft, welche nicht zum Zubehör gehören, so gilt folgendes: auch sie sind unbeweglich[6], ihre Rechtsschicksale aber folgen, da sie Rechtspertinenzen sind, den Regeln dieser.

3. Eine dritte Stufe der Zusammengehörigkeit ist die Unternehmereinheit; so insbesondere, wenn eine Vielheit von Gegenständen einem großen Transportunternehmen gewidmet ist: so vor allem die Vermögenseinheiten der Eisenbahnen, elektrischen Bahnen, namentlich auch der Kleinbahnen[7]. Ihre Eigentümlichkeit besteht darin, daß hier das rollende Material eine viel größere Bedeutung hat, als sonst das Zubehör zu haben pflegt, und daß die Einheit des Unternehmens, dem das Ganze dient, hier mehr als sonst hervortritt; weshalb die zum Unternehmen gehörigen Gegenstände zu einer untrennbaren Rechtseinheit zusammengehören und nicht durch irgendwelche, dem Betrieb widersprechende Rechtsvorgänge abgesplittert werden

[1] So auch ausdrücklich Schweizer ZGB. a. 675. Vgl. unten S. 24 zu Note 4.

[2] So auch Schweizer ZGB. a. 677.

[3] So auch RG. 1. Oktober 1913 JW. 43 S. 38.

[4] OLG. Zweibrücken 19. November 1909, Rhein. Zeitschr. IV S. 281.

[5] Vgl. RG. 23. Juni 1906 Entsch. 63 S. 416, worin das jus tollendi verkannt und § 946 BGB. übertreibend ausgelegt wird. Dazu die vielen anderen Entscheidungen, zitiert bei Ernst Heilborn, rechtsgestaltende Kraft der Sachverbindung S. 79 f. Vgl. RG. 2. Nov. 1907, 26. Juni 1908, 29. Mai 1908 Entsch. 67 S. 30; 69 S. 118, 150; 3. Febr. 1911, 18. Febr. 1911, 31. Mai 1911 JW. 40 S. 317, 397, 573 u. a. Zahlreiche Handelskammern, z. B. Frankfurt 1906, haben sich gegen die unerträglichen Zustände erklärt, zu denen die Judikatur des RG. Anlaß gegeben hat. Das jus tollendi ist einfach als persönliche Dienstbarkeit einzutragen. Hätte das RG. dies ausgesprochen und dadurch der Praxis den einzig richtigen Weg gewiesen, so wären der deutschen Industrie unendliche Widerwärtigkeiten erspart geblieben. Vgl. auch Polenske, Bodenreform XIX S. 507 f. Dies ist eben die Folge der unrichtigen Jurisprudenz, welche das Recht nach dem Willen des Gesetzgebers und nicht nach den Bedürfnissen der Praxis gestaltet. Lex lata und lex ferenda! Unheilsworte!

[6] Gegen die seltsame Ansicht, daß solche Einbauten beweglich seien, vgl. Herbert Meyer, Natur der nur scheinbaren Bestandteile (Festgabe für Dahn), 1905, S. 292 f. Doch findet sich diese unrichtige Ansicht auch in RG. 23. September 1904 Entsch. 59 S. 20.

[7] Vgl. Preuß. Gesetz v. 19. August 1895 in neuer Fassung vom 8. Juli 1902.

dürfen, und weshalb auch andere Funktionsmittel, namentlich die unmittelbaren Betriebsgelder und -ausstände, der gleichen Regel unterliegen. So bildete man den Begriff der Bahneinheit, die insbesondere im Hypotheken- und Vollstreckungsrecht nicht auseinandergezerrt werden darf, und die in Betracht kommt, wenn ein fremder Gegenstand in den Bahnbetrieb aufgenommen wird: auch der Eigentumsanspruch muß, was diesen Gegenstand betrifft, aufhören, und der Eigentümer muß sich mit dem Werte abfinden lassen, sofern und soweit die Aufsichtsbehörde annimmt, daß aus der Trennung dieser Sache eine empfindliche Störung für den Betrieb hervorginge; also nicht nach gerichtlichem, sondern nach bahnbehördlichem Ermessen: dieses Ermessen ist für die stillschweigende Enteignung bestimmend. Die Folge ist, daß die Eisenbahn gegen den Eigentumsanspruch eine Einrede hat und, sobald die Entschädigung bezahlt ist, das Eigentum erwirbt. Auch Forderungen können hierher gehören [1]. Auch andere Unternehmungen bilden eine gewisse Einheit, so namentlich der fonds de commerce; ihre Eigentümlichkeit, insbesondere was Übertragung, Pfändung, Verpfändung und was die Zugehörigkeit von Namen und Firma, von Forderungen und persönlichen Dienstbarkeiten betrifft, bedarf noch eines besonderen Studiums [2].

4. Die Verbindung zweier Grundstücke zum gleichen Grundbuchblatt hat, soweit tunlich, Einheit der dinglichen Belastungen zur Folge [3].

5. Von Zubehörsachen unterschieden sind die Rechtspertinenzen, deren Eigenart darin besteht, daß eine Sache nicht mit einer anderen Sache, sondern mit einem Rechte in Verbindung steht, so daß der Träger dieses Rechts notwendig Eigentümer der Pertinenzsache ist. Ein solches gilt erstens vom Schuldschein, denn dieser gehört unweigerlich dem Gläubiger der Forderung, § 952. Zweitens: die eingebauten Sachen, welche für einen dinglich Berechtigten oder für einen Mieter, Pächter eingebaut sind, sind Rechtszubehör seines Rechts: sie gehören also dem dinglich Berechtigten, dem Mieter, dem Pächter von selbst ohne alles weitere; und wenn das Recht übergeht, so geht auch das Eigentum an den Sachen über; wenn das Recht verpfändet wird, was z. B. bei Erbbaurechten geschehen kann, so bezieht sich die Verpfändung auch auf die Rechtspertinenz; und steht das dingliche Recht mehreren Personen zu, so ist die Rechtspertinenz im Eigentum dieser mehreren [4].

6. Kommt schon zu 3. eine Vereinigung höchst unterschiedlicher Dinge vor, so gibt es noch eine weitere Verbindung, welche nicht nur Sachen, sondern auch andere Gegenstände, Forderungen und Schulden umfaßt: es ist die Verbindung zu einem Vermögen. Vermögen ist nicht nur eine tatsächliche Zusammenfassung dessen, was ein Mensch an Gütern der Außenwelt hat, Vermögen ist auch ein rechtlicher Begriff [5]. Insbesondere tritt folgendes ein: a) Die Einheit des Vermögens führt zum Ersatzprinzip; b) das Vermögen kann an einen anderen übergehen; c) es kann auch ganz oder teilweise übertragen werden und zum Gegenstand eines Rechtsgeschäftes werden; d) es kann auch das Ziel einer sogenannten Vindikation sein, sofern jemand berechtigt ist, ein ganzes Vermögen herauszuverlangen; e) es bildet eine Einheit, soweit es sich um Aufwendungen handelt, bezüglich deren ein Rückbehaltungsrecht gilt; f) endlich tritt das Vermögen noch besonders dadurch hervor, daß es gleichsam der Träger der Schulden ist, indem die Gläubiger sich an das Vermögen halten dürfen.

Solange es Regel ist, daß jemand nur ein Vermögen hat, wird die Rechtsordnung wenig Bedürfnis empfinden, den Vermögensbegriff zu entwickeln; wohl aber dann, wenn Fälle vorkommen, wo jemand mehrere Vermögenseinheiten in seiner Hand vereinigt. Das römische

[1] Die Unternehmereinheit kann auch insofern in Betracht kommen, als sich z. B. die Eisenbahn einer Fabrik gegenüber verpflichtet, ein Anschlußgleis zu gestatten; dies ist eine Verpflichtung der Eisenbahn als solcher, nicht etwa eine dem Grund und Boden, auf dem die Eisenbahn steht, obliegende Grunddienstbarkeit, die ins Grundbuch einzutragen wäre, RG. 10. Juni 1904 Entsch. 58 S. 265.

[2] Diese Fragen sind neuerdings namentlich in Frankreich erörtert worden, im Anschluß an die modernste Pfandrechtsgesetzgebung, von welcher später zu handeln ist. Vgl. vor allem den französischen Kassationshof 13. März 1888 in den Ann. de droit comm. II (Jurispr.) p. 171.

[3] Dies ist für Hypotheken anerkannt in § 1131 BGB.

[4] Verkehrt Tobias, Arch. f. ziv. Prax. 98 S. 409.

[5] Vgl. darüber meine Studien zum BGB. im Arch. f. bürgerl. R. XXII S. 1 f. Vgl. ferner die Ausführungen von Meszleny, Das Vermögen im BGB. und im Schweizer Zivilgesetzbuch (1908), S. 37 f.

Recht hat dies tunlich vermieden; doch konnte es nicht umhin, in einigen Fällen etwas, was sich im Bereich einer Person befand, als Vermögensganzes zu behandeln, so das Pekulium des Sklaven und Haussohns, das diesem neben anderem Vermögen zur Bewirtschaftung übergeben wurde: nicht, als ob er Eigentümer geworden wäre, wohl aber in der Art, daß es für seine Schulden haftete, als wenn ihm das Eigentum zugekommen wäre. Im modernen Rechte treten noch ganz andere Fälle hervor, so insbesondere der Fall der Vor- und Nacherbschaft, sodann der Fall, daß bei der Beerbung das Vermögen selbständig bleibt infolge von Nachlaßverwaltung oder Nachlaßkonkurs; ferner der Fall, daß das Vermögen in die ehemännliche Nutznießung oder in die elterliche Nutznießung und Vermögensverwaltung tritt, dies insbesondere auch, wenn Vorbehaltsgut und eingebrachtes Gut unterschieden werden sollen, endlich bei der Gütergemeinschaft, wo Vorbehaltsgut, eingebrachtes Gut und Gesamtgut nebeneinander bestehen können; hier überall ist es von großer Wichtigkeit, daß das Vermögen im Recht als Ganzes behandelt wird und als solches seine richtige Stellung findet.

Eine der wichtigsten Folgerungen der Vermögenseinheit ist das an erster Stelle (a) erwähnte Prinzip des Ersatzes, welches die gemeinrechtliche Lehre in dem Sprichwort ausgedrückt hat: Res succedit in locum pretii et pretium in locum rei. Dieser Grundsatz ist wesentlich [1]. Hat jemand z. B. eine fremde Erbschaft, so fällt alles, was er mit Erbschaftssachen erwirbt, in die Erbschaft hinein, und wenn der Erbschaftsanspruch gegen ihn erhoben wird, so können alle diese Sachen als Eigentum des Anspruchsberechtigten herausverlangt werden; und wenn etwa der Besitzer im Konkurs wäre, so würden alle diese Sachen aus dem Konkurs ausgesondert. Eine besonders wichtige Folge der Vermögenseinheit ist ferner die unter f) bezeichnete Schuldenhaftung, indem jedes Vermögen zunächst für seine Schulden haftet und erst, wenn diese berichtigt sind, das eine Vermögen auch für die Schulden des anderen in Anspruch genommen werden kann. Ist auf solche Weise die Sachgesamtheit bedeutsam, so ist es doch unrichtig, sie zu einer neuen eigentumsfähigen Sache zu erheben, was zu den Irrtümern Sohms und zu den größten praktischen Unzuträglichkeiten führen würde [2].

Fünftes Buch.

Rechtsverkehr.

§ 18. Das bürgerliche Recht kennt Rechte und Rechtslagen, die aus dem objektiven Recht hervorgehen; denn das objektive Recht gestaltet die Rechtsordnung so, daß den einzelnen Personen ein bestimmter Rechtskreis zugewiesen wird, in welchem sie sich einschließen und frei bewegen können. Ein solcher Rechtskreis heißt Recht (subjektives Recht), und zwar ist das subjektive Recht nicht etwa bloß die seidene Schnur, die den Kreis umgibt, sondern sein Inhalt selbst: das Recht gibt nicht etwa bloß Ansprüche gegen Dritte, so daß ein gewisser Genußgehalt indirekt geschätzt wird, sondern der Genußgehalt wird selbst in das Recht aufgenommen.

Aus dem Rechte aber geht der Anspruch hervor, d. h. die Befugnis, von jemandem zu verlangen, daß er, um mit dem Rechte in Einklang zu stehen, etwas tue oder von etwas ablasse. Dieser Begriff des Anspruches ist ein notwendiges Konstruktionsmittel und eine treffliche Errungenschaft unseres Rechtes; ohne ihn ist vieles in unserem Recht gar nicht aufzubauen: die Verjährung ist eine Verjährung der Ansprüche, und auch sonst gibt es Fälle des Rechts mit gebundenen Ansprüchen, ausnahmsweise auch Fälle von Ansprüchen ohne Recht [3]. Allerdings muß man den Anspruch auch richtig auffassen; insbesondere liegt ein Anspruch noch nicht dann vor, wenn jemand ein betagtes oder befristetes Recht hat, sondern erst dann, wenn der Tag eingetreten ist, denn erst dann hat er die Befugnis, etwas zu verlangen. Ebenso ist ein Anspruch

[1] Vgl. auch Waller, Surrogation (1904) S. 31 f., 41 f.

[2] Unrichtig Gierke, Privatrecht II S. 53. Z. B. der A besitzt eine Bibliothek, in der sich 100 gestohlene Bücher befinden; er verkauft die Bibliothek an den B. Sollte er sich durch den Gesamtverkauf von dem Vorwurf der Unterschlagung und der Erwerber von dem Vorwurf der Hehlerei sichern?

[3] Ansprüche ohne Recht, z. B. Ansprüche aus einer Auflage von Todes wegen; vgl. Arch. f. b. R. XXI S. 259 f.

noch nicht gegeben, wenn der Berechtigte ihn erst durch beliebige Rechtshandlung hervorbringen kann. Ist also beispielsweise eine Sache hinterlegt, so hat der Hinterleger jeden Augenblick das Recht, die Sache zurückzuverlangen, aber es bedarf einer solchen Erklärung, — vorher entsteht der Anspruch nicht; und so in einer großen Reihe von Fällen, insbesondere auch in den Fällen des Widerrufs und anderen. Gerade darin zeigt sich mit völliger Klarheit die Bedeutung des Anspruchsbegriffes: bevor der Widerruf erfolgt ist, kann der Beschenkte, auch wenn er hundertfachen Undank verschuldet hat, den Schenkungsgegenstand nicht mit der Wirkung zurückanbieten, daß der Schenker in Annahmeverzug kommt.

Die Ansprüche, von denen man gewöhnlich spricht, sind Verwirklichungsansprüche; es gibt aber auch Sicherungs- und Beihilfeansprüche, z. B. den Anspruch auf Rechenschaftsablegung, auf Auskunftserteilung, §§ 259, 260 BGB. [1].

Wer den Anspruch hat, heißt Anspruchsgläubiger, der Gegner heißt Anspruchsschuldner.

§ 19. Rechte und Rechtslagen werden hauptsächlich geschaffen durch Rechtshandlungen. Das Gesetzbuch steht auf dem durch das römische Recht besonders ausgebildeten Stande des Rechtsverkehrs: die hauptsächlichen Änderungen des Rechtslebens sind der Initiative derjenigen Einzelwesen überlassen, in deren Gebieten die Änderung vor sich gehen soll. Darum gibt die Rechtsordnung den Einzelwesen die Befugnis, durch besondere Handlungen in das Leben und Weben des Rechts einzuwirken, die Kette zu lösen und zu schließen, zu säen, um die Folgen zu ernten. Die von der Rechtsordnung dem Einzelwesen zur Verfügung gestellten Mittel, um solche Erfolge zu erzielen, heißen Rechtshandlungen, und hierbei unterscheidet man zwischen Rechtsgeschäften und Rechtshandlungen im engeren Sinne. Für beide kommt es in Betracht, ob jemand geschäftsfähig, geschäftsunfähig oder geschäftsbeschränkt ist, §§ 104 ff. BGB.

Geschäftsunfähig ist der noch nicht Siebenjährige und der wegen Geisteskrankheit Entmündigte; außerdem kann jemand momentan wegen Geistesverwirrung geschäftsunfähig sein. Geschäftsbeschränkt ist der Minderjährige von sieben Jahren an, ferner der Volljährige (21 Jahre), welcher wegen Geistesschwäche, Trunksucht (Alkoholismus, wozu auch Morphinismus gehört) oder Verschwendungssucht entmündigt worden ist. Der Geschäftsunfähige ist völlig unfähig des Rechtsverkehrs, der Geschäftsbeschränkte kann mit Zustimmung seiner gesetzlichen Vertreter (Eltern, Vormund) rechtlich handeln, doch kann auch (in der Regel) der gesetzliche Vertreter allein für ihn auftreten; ausnahmsweise ist Zustimmung des Vierzehnjährigen erforderlich, so bei der Ankindung, § 1750 BGB., und bei der Entlassung aus dem Staatsverband soll der Vierzehnjährige mindestens gehört werden, § 1827 BGB. Ohne den gesetzlichen Vertreter kann der Geschäftsbeschränkte ausnahmsweise handeln, wenn das Geschäft nur seinen Vorteil bewirkt, § 107.

Volljährig ist der Mensch mit dem 21. Lebensjahre [2], er kann aber mit 18 Jahren für volljährig erklärt werden, §§ 1 ff., 104 BGB.

Die ganze Regelung der Sache hat schwere Mängel [3].

[1] Hierüber Lehrbuch I S. 182, 183 f.

[2] Im Schweizer Recht wird man schon mit 20 Jahren volljährig, Art. 14. Frühere Rechte hatten große Verschiedenheit; in den Statuten von Mailand 1498 trat ebenfalls die Volljährigkeit mit 20 Jahren ein (annos viginti completos), die Volljährigkeit für den Prozeß aber schon mit 18 Jahren. Der ungarische Entwurf bestimmt die Volljährigkeit erst mit 24 Jahren und gibt dem Gericht sogar die Befugnis, die Minderjährigkeit um 3 Jahre zu verlängern.

[3] Besser das Schweizer ZGB. §§ 12—19. Ein Fehler ist die schroffe Scheidung von unter und über 7 Jahren. Wie, wenn ein aufgewecktes sechsjähriges Kind ein Spielzeug geschenkt erhält? Fehlerhaft ist es, den wegen Geisteskrankheit Entmündigten völlig bürgerlich tot zu machen: er kann in beschränktem Kreise immer noch einen kleinen Erwerb finden. Warum soll man ihm diesen verkümmern? Das Schweizer ZGB. läßt die Urteilsfähigkeit im einzelnen Falle entscheiden. Vgl. auch Eltzbacher, Handlungsfähigkeit (1903), Breit, Geschäftsfähigkeit (1903). Ein weiterer Mangel ist der: Wenn ein versteckt Geschäftsunfähiger eine Rechtshandlung vollzogen hat und der Mitkontrahent durch die Nichtigkeit geschädigt worden ist, soll ihm nicht aufgeholfen werden? In der Tat muß geholfen werden nach § 829 BGB., der rechtsähnlich hier in Anwendung zu bringen ist; natürlich nur dann, wenn der Mitkontrahent gutgläubig und ohne Verschulden ist, nicht also, wenn, wie es oft vorkommt, eine Klinik für Nervenkranke der umliegenden Geschäftswelt kundgibt, daß den Kranken nicht kreditiert werden soll. Vgl. R. Leonhard, Bankarchiv V S. 153, Heß in

Man hat viel darüber gestritten, ob bei der Rechtshandlung die Rechtsordnung oder das Rechtssubjekt die ursächliche Wirkungskraft ist. Der Streit beruht auf Mißverständnissen: natürlich geht der ganze Begriff der Rechtshandlung davon aus, daß eine bewußte Handlung des Einzelwesens stattfindet; allein man hat hier ein Irriges angenommen, als man daraus schließen wollte, daß der Einzelne einfach in die Fülle der Rechte einzugreifen habe, um die Folgen nach seinem Belieben zu gestalten. Das ist unrichtig: Wie es Sache des Landmanns ist, in den Boden die Gebilde einzupflanzen, und er das weitere der Naturordnung überlassen muß, so ist es Sache des Einzelwesens bei der Rechtshandlung, seine Tätigkeit der Rechtsordnung zu widmen: die Folgen wird er, wie der Landmann, mehr oder minder voraussehen können, sie treten aber ein nach den Gesetzen der Rechtsordnung, ganz ebenso, wie die Saat nach den Gesetzen der Naturordnung der Reife entgegenstrebt. Dies ist in der Wissenschaft des 19. Jahrhunderts genügend dargetan worden. Das Wesen der Rechtshandlung kann nur darin bestehen, daß sie den Anlaß gibt zu Änderungen in der Rechtsordnung, und zwar zu Änderungen, bei welchen noch andere Faktoren mitwirken. Sie ist ein Element der Rechtsänderung, nichts mehr [1].

Allerdings können sich schon aus der Naturordnung Rechtsänderungen ergeben, weil sich das Recht nicht von dem Boden der natürlichen Gestaltung entfernen kann: es kann kein Eigentum geben, wenn es an der Sache fehlt, die im Eigentum stehen soll; und es kann jemand dadurch, daß er Naturänderungen vollzieht, z. B. eine Sache zerstört, mittelbar auch eine Rechtsänderung herbeiführen. Aber solches Tun ist keine Rechtshandlung: die Rechtshandlung will etwas über diese Naturordnung hinaus; sie ist dazu da, Folgen zu erzeugen, die durch die bloße Naturordnung nicht gegeben sind. Dieses Überschießende der Rechtswirkung ist daher ihr wesentliches Unterscheidungszeichen [2]. Außerdem verlangt aber die Rechtshandlung noch ein voluntares Element [3] — nicht den auf die einzelnen Rechtsfolgen gerichteten Willen, wohl aber den Willen, auf die Rechtsordnung einzuwirken oder mindestens eine auf solche Einwirkung gerichtete Äußerung zu vollziehen und sie zu vollziehen im Sinne und Geist der Rechtsordnung [4]. Dadurch unterscheidet sie sich wesentlich:

1. von der Missetat, die zwar auch Rechtsfolgen herbeiführt, z. B. Entschädigungspflicht, aber als Gegenwirkung gegen eine vom Rechte gemißbilligte Tätigkeit. Solche Handlungen gehören nicht dem Rechts-, sondern dem Unrechtsverkehr an.

Dadurch unterscheidet sie sich: 2. von den neutralen Handlungen, welche zwar auch Rechtsfolgen erzeugen, aber kraft anderer Elemente als der Willenserklärung, nämlich kraft eines Gefühls- oder Geistesaktes, bei dem die juristische Willenserklärung keine entscheidende Rolle spielt; dahin gehört der ethische Akt der Verzeihung, dahin der Akt der Verlobung, dahin die Menschenhilfe (als sog. Geschäftsführung), dahin die Reklamesendungen, dahin die rechtsschöpferische Tätigkeit im Immaterialrecht (Erfindung, Schöpfung eines Kunstwerkes) [5].

Man hat nun wieder zwischen Rechtsgeschäften und Rechtshandlungen im engeren Sinne

---

der psychiatrisch-neurologischen Wochenschrift 1906 Nr. 35, Duisberg, Schutz der Geisteskranken (1914) S. 60f. Weitere Literatur und Rechtsprechung bei Simon JW. 42 S. 291. Besondere Schwierigkeiten treten auch ein im Postverkehr; vgl. Scholz, Arch. f. b. R. XXXI S. 92f.

[1] Der Rechtsfolgewille kommt nur insofern in Betracht, als er zur Charakteristik des Rechtsgeschäftes dient. Ein Irrtum über die Rechtsfolge als solche ist daher nie ein zur Anfechtung führender Irrtum; vgl. RG. vom 9. Mai 1902 Entsch. 51 S. 281. Vgl. Lehrbuch I S. 486, Arch. f. ziv. Prax. 101 S. 372. Vgl. Henle, Irrtum über Rechtsfolgen (Festgabe f. Krüger 1911), S. 25f., 39f., und gegen ihn Binder im Archiv f. Rechtsphilosophie V S. 266, 414, 556, VI 96, 165, 282, 451.

[2] Die Rechtshandlung bewirkt Rechtsfolgen kraft ihrer logischen Natur, nicht kraft der ihr beigemischten alogischen Bestandteile, Lehrbuch I S. 485. Vgl. auch Klein, Rechtshandlungen (1912) S. 7.

[3] Ein voluntares Element muß in der Willenstat enthalten sein; daß die Willenstat eine Willenstat ohne voluntares Element sei, wie Manigk, Jahrbuch f. Dogm. 49 S. 483 von mir behauptet, habe ich niemals angenommen; gegen derartige geradezu fundamentale Mißverständnisse muß ich mich aufs ernsteste verwahren, insbesondere wenn mir laienhafte Äußerungen Sigwarts, über welche die Jurisprudenz längst erhaben ist, als große Wahrheiten entgegengehalten werden. Zutreffend RG. 6. März 1908 Entsch. 68 S. 127.

[4] Lehrbuch I S. 486.

[5] Diese Erklärung der neutralen Handlung mit Rechtsfolgen habe ich zuerst Lehrbuch I S. 578f. gegeben und damit meine frühere Lehre erweitert und berichtigt.

unterschieden; der Unterschied kann aber nicht darin liegen, daß bei den einen die Rechtsfolgen gewollt sind, bei den anderen nicht, oder daß im einen Falle die Rechtsfolgen mehr gewollt sind als im anderen. Derartige Unterscheidung ist undurchführbar und grundsätzlich verkehrt. Der Unterschied kann nur darin liegen, daß die Rechtsgeschäfte eine selbständige Stellung haben, während die Rechtshandlungen nur abhängiger Natur sind und zur Entwicklung eines im Lauf befindlichen Rechtsverhältnisses dienen sollen [1]. Viele dieser Rechtshandlungen, z. B. Kündigung, Widerruf, bestehen in einer ankunftsbedürftigen Erklärung, d. h. sie kommen nur dann zur Vollendung, wenn sie dem Gegenteil entweder geistig kundgegeben oder doch in einer dem Lebensverkehr entsprechenden Weise in sein Bereich gelangt sind [2].

§ 20. Die Rechtsgeschäfte lassen zum Teil Bedingungen und Termine (Befristungen) zu. Bedingung ist ein unsicher machendes Element, welches die Rechtswirkung von künftigen unbestimmten Umständen abhängig macht. Das bedingte Geschäft hat die Eigentümlichkeit, daß man sich bindet, obgleich Umstände, die für das Geschäft erheblich sind, noch ausstehen und künftiger Erledigung harren; aber immerhin ist es von Bedeutung, wenn man sich für diesen Fall bereits jetzt bindet: denn die Personen, welche heute geschäftsbereit sind, werden es vielleicht in der Zukunft nicht mehr sein wollen oder nicht mehr sein können. Auf diese Weise erfüllt die Bedingung wichtige Aufgaben im menschlichen Lebensverkehr: sie gibt die Möglichkeit, auch schon in problematischen Zuständen für seine Interessen zu sorgen, so daß man, wenn die gefürchteten oder gehofften oder sonst erwarteten Umstände eintreten, sofort gewappnet ist, während man sonst zur maßgebenden Zeit nicht in der Lage wäre, die Schwierigkeiten zu überwinden. Meist ist die Bedingung eine aufschiebende, so daß der Rechtserfolg erst mit Eintritt der Bedingung auflebt, sie kann aber auch eine auflösende sein, so daß der Rechtserfolg sofort eintritt, aber mit allen seinen Wirkungen erlischt, sobald die Bedingung eintritt, § 158 f. BGB.

Man sprach früher von Rückwirkung der Bedingung; eine solche findet aber nur in der Art statt, daß durch ein bedingtes Geschäft, namentlich durch ein bedingtes dingliches Geschäft eine unerschütterliche Rechtslage entsteht; dies gilt namentlich auch von der auflösenden Bedingung, so daß also bei Eintritt der auflösenden Bedingung der etwaige veränderte Rechtsstand der Zwischenzeit zusammenfällt, also beispielsweise die in der Zwischenzeit auf die Sache gelegten Rechte erlöschen: hier ist die Rechtslage zugrunde zu legen, wie sie bei Begründung des Geschäftes bestand [3]. Begreiflich ist aber, daß nicht alle Rechtsgeschäfte sich dieser Figur fügen können, vor allem nicht die Rechtsgeschäfte des Familienlebens, überhaupt nicht die Rechtsgeschäfte, bei denen es sofort sicher sein muß, ob der normale Erfolg eintritt oder nicht (Rechtsgeschäfte mit Momentankraft). So läßt sich Ehe oder Adoption nicht einem unbestimmten Zufall unterwerfen: es wäre dem Sinne des Familienrechtes zuwider, derartige innige, den Menschen im Tiefsten erfassende Verhältnisse in ungewisser, hypothetischer Weise walten zu lassen. Solche Rechtsgeschäfte lassen auch keine uneigentliche Bedingung (keine conditio in praeteritum oder praesens relata) zu: man kann diese Geschäfte auch nicht an ein ungewisses gegenwärtiges oder vergangenes Ereignis ketten, denn auch dies würde der Momentankraft widerstreben. Auch bei Rechtshandlungen im engeren Sinn ist die eigentliche und uneigentliche Bedingung meist ausgeschlossen, z. B. kann man nicht einseitig seine Wohnung kündigen für den Fall, daß man am 1. März versetzt wird oder am 1. Oktober ein Kind bekommt; gestattet

[1] Über diese abhängigen Rechtshandlungen ausführlich Lehrbuch I S. 537 f.

[2] Lehrbuch I S. 580, Titze, Jahrbuch f. Dogm. 47 S. 419 f. Liegt es am Adressaten, daß eine Erklärung zu spät bei ihm eingeht, z. B. die Erklärung ist ein eingeschriebener Brief, der wegen Abwesenheit des Adressaten nicht sofort abgegeben werden kann, so gilt die Erklärung als rechtzeitig zugekommen, RG. 18. Juli 1904 Entsch. 58 S. 406.

[3] Dies ist namentlich wichtig für Fiduziar- und Trustgeschäfte. Hier überträgt jemand für gewisse Zwecke das Eigentum, aber so, daß es nach Erreichung dieser Zwecke zurückfallen soll. Vgl. Lehrbuch I S. 428, Alfred Schultze, Jahrbuch f. Dogm. 43 S. 64, Heymann, Trusts, S. 37, Schöny, Arch. f. b. R. XXXV S. 328 (dem gegenüber ich aber hervorzuheben habe, daß in Lehrbuch I 428, 429 deutlich ausgeführt ist, worin die unvollkommene Vertretung besteht). Wichtig ist es ferner beim Verkauf unter Eigentumsvorbehalt, der so aufzufassen ist, daß das Eigentum unter der Bedingung künftiger Zahlung übergehen soll, § 455 BGB.; hierbei kommen noch die besonderen Bestimmungen des Abzahlungsgesetzes vom 16. Mai 1894 in Betracht. Vgl. RG. 4. Februar 1908 Entsch. 67 S. 383.

ist hier nur eine Bedingung, die in der willkürlichen Tat des Gegners besteht, z. B. falls er das Zimmer nicht tapezieren läßt [1].

Die Bedingung ist allerdings nicht nur beim rechtsgeschäftlichen Erwerb, sondern auch beim Erwerb kraft Gesetzes möglich. Ein wichtiger Fall des Eigentums unter auflösender Bedingung ist durch das oben (S. 10) erwähnte Reichsgesetz vom 25. Mai 1873 gegeben. Sofern nämlich gewisse Verwaltungen von Bundesstaaten auf das Reich übergingen, sind auch die der Verwaltung gewidmeten Gegenstände auf das Reich übergegangen, insbesondere auch die für die Verwaltung verwendeten Grundstücke. Bezüglich dieser Grundstücke aber gilt folgendes: Das Reich kann sie veräußern, um dafür andere Grundstücke zum Bedarf zu erwerben; ist ein solcher Ersatz nicht erforderlich, dann fallen sie an den Bundesstaat zurück, von dem aus sie dem Reiche zugekommen sind (§ 6 des Gesetzes vom 25. Mai 1873).

§ 21. Die Mißverhältnisse, welche bei Rechtshandlungen eintreten können, wenn entweder *Irrungen* vorkommen oder *unethische Motive* einwirken, haben zu Mitteln der Abhilfe geführt. Solcher Mittel gibt es drei: 1. einen obligationsrechtlichen Anspruch auf Aufhebung der Rechtsfolgen, 2. eine Einrede gegen die aus dem Rechtsgeschäft hervorgehenden Ansprüche; so im römischen Recht eine actio und exceptio doli oder metus. Auch dem BGB. sind derartige Reaktionsmittel eigen, und es steht nichts im Wege, auf Grund der allgemeinen Bestimmungen über unerlaubte Handlungen klagend und einredend vorzugehen; auch im Fall der Irrung kann eine Arglisteinrede gegeben sein, wenn es nach den Umständen des Falles anstandswidrig ist, eine solche Irrung zu benutzen.

Allein dies genügt nicht; denn eine solche Abhilfe wirkt nur obligationsrechtlich, und man wäre Dritten gegenüber, welche die Sache von dem verletzenden Teile erlangt haben, schonungslos preisgegeben. Hat mir jemand z. B. meine Uhr abgepreßt, so könnte ich gegenüber dem dritten Erwerber nicht zum Ziele kommen. Im gemeinen Recht suchte man sich dadurch zu helfen, daß man 1. die *actio metus* als *actio in rem scripta* konstruierte, so daß ihr obligationsrechtlicher, auf Rückübereignung gerichteter Anspruch in anomaler Weise auch gegen Dritte ging; und dadurch, daß man 2. das Mittel der in integrum restitutio gewährte [2]. Das BGB. bedient sich der Anfechtung. Anfechten heißt erklären, daß eine Rechtsfolge als nicht eingetreten gelten soll: diese Erklärung muß, wenn die Handlung mit einem anderen eingegangen worden ist, diesem gegenüber gemacht werden; ist er oder sein Aufenthalt unbekannt, dann tritt an Stelle der Erklärung die Ersatzzustellung in der Art des Zivilprozesses, §§ 132, 143 BGB. Die Anfechtung bewirkt, daß mit diesem Moment die ganze Rechtsfolge sich als eine von Anfang an nichtige darstellt. Eine Forderung ist also nicht entstanden, Eigentum ist nicht übergegangen. Das BGB. gestattet, im Fall jemand eine Rechtshandlung aus Zwang (Drohung) eingegangen hat, eine solche Anfechtung, ohne Rücksicht auf die Person des Drohenden; ferner, wenn jemand durch den Gegner arglistig getäuscht worden ist, aber auch im Falle der Irrung, wenn die Irrung entweder den Inhalt der Erklärung betrifft oder eine wesentliche Eigenschaft des Rechtsobjektes oder des Geschäftsgegners, wobei anzunehmen ist, daß der Rechtshandelnde, wenn er den Irrtum nicht gehegt, bei verständiger Würdigung des Falles die Rechtshandlung unterlassen hätte, §§ 119, 123, 124 BGB. Dies bietet Anlaß zu schwierigen Unterscheidungen [3]. Die Irrung betrifft den Inhalt der Erklärung, wenn jemand eine Urkunde unterzeichnet in der bestimmten Überzeugung, daß sie einen anderen

[1] Lehrbuch I S. 568 f. Vgl. auch *Bruck*, Bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte (1904), S. 125 f., *Immerwahr*, Kündigung (1898), S. 80.

[2] So auch die italienischen Statuten z. B. *Rom* (1580) I Art. 99.

[3] Lehrbuch I S. 505 f.; vgl. auch *Leonhard*, Irrtum (2. Aufl.), S. 171 f., *Schloßmann*, Irrtum (1903), S. 80. Für den gewöhnlichen Eigenschaftsirrtum, namentlich beim Kauf, sind andere Rechtsbehelfe (Wandlungs-, Preisminderungsrecht) gegeben, und wenn die Haftung für Eigenschaften vertragsmäßig ausgeschlossen ist, so behält es dabei sein Bewenden; vgl. RG. 1. Juli 1905 Entsch. 61 S. 171. Anders, wenn ein Gemälde als echt verkauft wird und sich als unecht erweist: hier ist die Irrtumsanfechtung gestattet. Vgl. über diese und ähnliche Fragen Lehrbuch I S. 508 f. und meine Abhandlung im Jahrbuch f. Dogm. XXVII S. 256 f. Irrtümer über die Konjunktur und Preislage sind externe Irrtümer und kommen nicht in Betracht, RG. 9. November 1906 Entsch. 64 S. 266, es müßte sich denn um die Übertragung von Unternehmungen handeln, bei denen die Konjunkturbedingungen zum Wesen gehören, z. B. von ausländischen Staatsanleihen, Fabrikaktien (vgl. auch unten S. 106).

Inhalt habe [1], dagegen nicht, wenn ein Vertreter einen Vertrag schließt, dessen Inhalt ihm völlig klar ist, von dem aber irrig glaubt, daß er seiner Instruktion entspricht: dies ist ein externer Irrtum, der nicht in Betracht kommt [2]. Bei Mißverständnis zweier Personen liegt nicht ein Dissens, sondern eine Irrung derjenigen Person vor, welche das Erklärte anders auffaßte, als es der Verkehrsanschauung gemäß ist, und es gelten hierfür die gewöhnlichen Irrungsgrundsätze [3].

Liegen mehrere Gründe der Anfechtung vor, so kann der Betroffene sämtliche geltend machen, welche ihm eben nützlich sind [4]. Die Frist ist bei Irrung unverzüglich, d. h. ohne schuldhafte Verzögerung, bei Betrug und Zwang ein Jahr von der Kenntnis der (nicht bloß objektiven, sondern auch subjektiven) Täuschung [5] bzw. ein Jahr vom Aufhören der Zwangslage an, §§ 119, 124.

§ 22. Einer der interessantesten modernen Rechtsbegriffe ist der Einredebegriff. Er hat sich aus dem Begriff der exceptio entwickelt; diese beruht im römischen Recht auf der Duplizität des Rechtes: die exceptio war eine Gegenwirkung des prätorischen Rechts gegenüber dem bürgerlichen: nach „jus civile" bestand die eine Rechtsordnung, nach „jus praetorium" die andere, und ein Mittel der Ausgleichung war die exceptio, welche dem „jus civile" (in seiner Klagformel) entgegentrat und es unwirksam machte. So insbesondere, wenn das „jus civile" ein Geschäft als gültig betrachtete, während das prätorische Recht es etwa wegen Arglist in seinen Rechtswirkungen hemmte: hier war die exceptio doli das Hilfsmittel, um das jus civile zu neutralisieren. Das römische Recht zeigte in dieser Beziehung eine größere Leichtigkeit als das englische, denn im englischen Recht bedurfte es eines besonderen zweiten Prozesses bei dem Kanzler, damit dieser das law durch die equity unwirksam machte. Als die klassische Zeit des römischen Rechts dahin war, hat sich zwar der Begriff der exceptio noch fortgepflanzt, aber ohne große Klarheit. Erst im Mittelalter beginnt die Neuentwicklung; man unterschied zwischen exceptio facti und juris, was allmählich zu dem Einredebegriff des modernen Rechts geführt hat. Unsere Einrede ist die exceptio juris der Glossatoren und Postglossatoren. Die späteren Juristen allerdings konnten der Aufgabe nicht mehr gerecht werden, und auch die Schule des 19. Jahrhunderts hat zwar das rein römische Recht dargelegt, konnte aber weder selbst die Entwicklung weiterführen noch auch die Entwicklungsgänge der Postglossatoren zu Ende denken. Erst den letzten Jahren war es vorbehalten, den neuzeitigen Einredebegriff zu fassen. Die Einrede setzt voraus ein an sich bestehendes Recht, das aber eine Partei nach ihrem Belieben wirkungslos machen kann [6].

Man hat behauptet, diese Einrede widerstreite der Logik des Rechts; denn wenn das Recht etwas von jemandem wolle, so könne es diesem nicht das Recht geben, den Willen des Rechts zu vereiteln. Allein das ist unrichtig. Die Rechtsordnung kann sehr leicht irgendeine Wirkung an den Willen einer Person heften; ebenso wie sie im Strafrecht die Strafe von dem Willen des Antragsberechtigten abhängig machen kann, so kann sie auch im Zivilrecht den Beklagten verpflichten, falls er nicht in einer bestimmten Weise die Verpflichtung ablehnt. Damit wird ja in der Tat die Verpflichtung nicht wirkungslos; es ist unrichtig, zu sagen, ich sei nicht verpflichtet, wenn die Ablehnung der Verpflichtung in meinem Willen steht. Die große Bedeutung einer solchen Rechtsfigur zeigt sich vielmehr darin, daß 1. die Ablehnungsbefugnis von irgendwelchen Bedingungen abhängig sein kann, daß 2. die Ablehnung dem Verpflichteten Nachteile bringen kann, so daß er also zu wählen hat, ob er von dieser Ablehnungsbefugnis Gebrauch macht oder nicht, und daß 3. auf diese Ablehnungsbefugnis verzichtet werden kann; wird auf solche Weise verzichtet, so entsteht nicht etwa ein neuer Anspruch,

[1] Nicht schon, wenn jemand einfach unterzeichnet hat, ohne sich um den Inhalt zu kümmern; aber auch da gibt es eine Grenze; wird man annehmen, daß jemand sich zum Tode verurteilt, wenn er sein Todesurteil unterzeichnet? Vgl. RG. 15. November 1911 Entsch. 77 S. 309. Frühere Entsch. bei Seuffert 34 Nr. 189; 37 Nr. 288; 38 Nr. 207.

[2] Vgl. RG. 23. April 1913 Entsch. 82 S. 193.

[3] Lehrbuch I S. 511.

[4] A. A. Henle, Anwendungsgebiet der Anfechtung wegen Drohung, S. 40 f.

[5] Die Kenntnis von der objektiven Unrichtigkeit genügt nicht, RG. 18. Oktober 1904; Entsch. 59 S. 95.

[6] Lehrbuch I S. 189 f.; Langheineken, Anspruch und Einrede (1903).

sondern der alte im Bann gehaltene Anspruch tritt in volle Kraft und wird von der Hemmung befreit. Es ist etwas wesentlich anderes, ob ein mangelhafter Anspruch neu entsteht, oder ob ein Anspruch, der gehemmt ist, von der Hemmung befreit wird. Man denke sich den Fall, daß für die Forderung ein Pfand besteht, und daß andere Pfandrechte nachfolgen: ist die Forderung mit einer ständigen Einrede belastet, auf welche verzichtet wird, so bleibt das Pfand in dem ursprünglichen Stand; wäre die Forderung nichtig, und würde eine neue Forderung geschaffen, so wären unterdessen die nachstehenden Pfandrechte vorgerückt, und für die neue Forderung könnte nur ein Pfand an letzter Stelle begründet werden.

Die Einrede ist also die Befugnis, den gegenteiligen Anspruch wegen eines ihm innewohnenden Gegenmomentes abzulehnen; das Gegenmoment gibt eine Ablehnungsbefugnis, es kommt zur Wirksamkeit, wenn eine solche Ablehnung stattfindet: die Ablehnung ist die Bedingung, unter welcher dieses Element zutage tritt; daher beruht die Einredebefugnis nicht auf einem selbständigen Rechte, sondern auf der Befugnis der Persönlichkeit, ein solches Gegenmoment zur Geltung zu bringen. Insofern hängt sie mit dem Persönlichkeitsrecht zusammen: es ist die Persönlichkeit, in deren Willen die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit eines Geschäftes gelegt ist.

Am deutlichsten zeigt sich die Notwendigkeit des Einrederechts bei der sogenannten dilatorischen oder, wie wir sie jetzt nennen, vergänglichen Einrede. Hier kann der Anspruchsbetroffene den Anspruch zeitweise ablehnen, er kann es, solange nicht von dem Gegner Abhilfe geleistet und die Einrede beseitigt wird. Diese vergängliche Einrede beruht vielfach auf der Verschlingung der menschlichen Verhältnisse, kraft welcher zwei Dinge nicht selbständig nebeneinanderstehen, sondern von einander bedingt sind und auf solche Weise nur verbunden zur Geltung kommen sollen. Auf diese Weise ist die Einrede ein wichtiges Hilfsmittel eines jeden Beteiligten, um den anderen zu zwingen, auch seinerseits zu tun, was ihm zu tun obliegt. Die Hauptanwendungen dieser Einrede sind die Fälle der gegenseitigen Verpflichtungen (exceptio non adimpleti contractus) und die Fälle des Zurückbehaltungsrechts (exceptio retentionis). In beiden Fällen erzwingt man die Leistung des Gegners, indem man erklärt, seine Leistung nur gleichzeitig mit der Leistung des anderen machen zu wollen [1].

Die ständige Einrede, die man früher peremtorische nannte, tritt nicht selten in Doppelstellung neben dem Anfechtungsrecht ein, so daß der Anspruchbetroffene zwei Rechte hat, das Recht der Anfechtung und das Recht der Einrede; ganz ähnlich, wie schon im römischen Rechte vielfach eine exceptio gegeben war neben der restitutio in integrum. Vgl. oben S. 29.

Die Einrede ist Ablehnung: diese kann außergerichtlich wie gerichtlich geschehen. Beides führt allerdings zu verschiedenen Ergebnissen. Außergerichtlich ist sie eine Rechtfertigung des Schuldners, wenn er nicht leistet, gerichtlich führt sie zur Abweisung des Gläubigers und damit zur Befreiung des Beklagten [2]. Anders die Anfechtung: auch wenn sie außergerichtlich erfolgt, bringt sie das Recht zur vollständigen Vernichtung. Bei uns bestehen beide Mittel: bin ich zu einem Geschäfte arglistig verführt worden [3], so habe ich Anfechtung und Einrede, und dasselbe gilt im Falle eines erzwungenen Geschäfts. Es ist ein außerordentlicher Vorteil, daß die Rechtsordnung mir diese beiden Hilfsmittel nebeneinander gibt; man kann mittels der Anfechtung das Geschäft ein für allemal zunichte machen, man kann sich aber auch darauf beschränken, den Ansprüchen aus dem Betrugsgeschäft eine Einrede entgegenzuhalten und die Zahlung zu verweigern; und das letztere ist besonders deshalb wichtig, weil die Anfechtung an Zeitschranken gebunden ist und nach Ablauf einer bestimmten Zeit erlischt, die Einrede aber nicht.

§ 23. Die Anspruchsverjährung ist nach dem BGB. nicht als forderungszerstörendes Element gefaßt, sondern als ein Element, welches dem Anspruchsschuldner die Befugnis gibt, die Befriedigung des Anspruchs zu verweigern, §§ 194, 222 BGB. [4]. Daher ist trotz der Verjährung eine Erfüllung oder Befriedigung der Schuld möglich, ebenso ein (schriftliches) Schuld-

[1] Lehrbuch I S. 192.
[2] Lehrbuch I S. 190 f.
[3] Über exceptio doli im BGB. vgl. RG. 30. Juni 1904 Entsch. 58 S. 356.
[4] Hiermit ist das römische Verjährungsinstitut mit dem deutschrechtlichen Institut der Verschweigung zusammengetroffen. Entsprechend entwickelte sich die Verjährung in den mittelalterlichen Stadtrechten, nach Art der Schuldverhältnisse abgestuft, im Gegensatz zur Einförmigkeit des römischen Rechts; so kennen die Statuta mercatorum von Piacenza aus XIII. Jahrh. Art. 375

anerkenntnis im Sinne des § 781 [1]; dagegen hat der Gläubiger kein Deckungsrecht, weder ein gerichtliches (also keine wirksame Klage, keine Vollstreckung), noch ein außergerichtliches, also auch keine Aufrechnung (§ 390) und keine Selbsthilfe (§ 229).

Die Weigerung im Falle der Verjährung ist der Individualität des Anspruchbetroffenen anheimgestellt. Es ist eine Gewissensfrage, die Verjährung vorzuschützen oder nicht; denn die Gründe der Verjährung liegen darin: es soll einerseits nicht etwas noch einmal verlangt werden, was schon berichtigt ist, und anderseits soll nicht von früherer Zeit her ein altes Schuldverhältnis in unzeitiger Weise gebracht werden, wodurch möglicherweise die ganze Vermögensberechnung einer Person über den Haufen geworfen würde; es soll insbesondere nicht eine zeitlich zusammengelaufene Gruppe von Ansprüchen, welche regelmäßig aus den Erträgnissen des Vermögens getilgt worden wären, admassiert und in einer Masse aus dem Vermögenskapital des Schuldners herausverlangt werden, so beispielsweise, wenn jemand Zinsen von zwanzig Jahren her auf einmal zur Eintreibung brächte. Ob nun durch ein unzeitiges Eintreiben ein Unrecht geschieht, ob es sich um einen erloschenen Anspruch handelt, dessen Erlöschen schwer beweislich ist, ob die Geltendmachung in obiger Weise ein sachwidriges Einwirken der Vergangenheit auf die Gegenwart darstellt, das ist dem Gewissen des Schuldners anheimgestellt. Macht er die Verjährung nicht geltend, zahlt er, dann hat er das Gegenteil gewählt, und darum gilt der Grundsatz, daß, wer eine verjährte Forderung zahlt, nicht in der Lage ist, das Gezahlte zurückzuverlangen, auch dann nicht, wenn er diese Erwägung irrtümlich gemacht, oder wenn er sie gar nicht gemacht und vielleicht die Verjährung gar nicht gekannt hat. Diesem Gedankengang unterstehen insbesondere die sogenannten kurzen Verjährungen, bei denen es sich gewöhnlich um kleinere Summen handelt, die aber nichtsdestoweniger für das Leben von ganz unermeßlicher Bedeutung sind: so bei Ansprüchen der Geschäftsleute gegenüber dem Publikum, und zwar der Geschäftsleute im Sinne von Kaufleuten wie von Handwerkern, d. h. solchen, welche Werke oder Dienste leisten oder die Lieferung fertigzustellender Sachen übernehmen. Derartige Personen sollen zeitig ihre Rechnungen senden, damit man sicher ist, daß der Betrag noch aussteht, ohne daß man die Quittungen in infinitum aufzubewahren und zu registrieren braucht, aber auch damit man einen Überblick über den Vermögensstand in einer bestimmten Periode seiner Hausverwaltung gewinnt und sein Soll und Haben danach einrichtet [2]. Die bezeichnete Verjährung ist eine zweijährige, beginnt aber erst mit Schluß des Kalenderjahres. Ganz besonders wichtig ist auch die vierjährige Verjährung von Zinsen und anderen periodischen Leistungen. Von großer Wichtigkeit ist auch die dreijährige Verjährung von Verpflichtungen aus unerlaubter Tat, die allerdings erst mit der Kenntnis von der Vergehung, von der Person des Täters und dem daraus hervorgehenden Schaden beginnt: auch sie ist von größter Bedeutung, denn wem wird nicht die eine oder andere Schuldhaftigkeit zur Last fallen? Insbesondere welcher Beamte wird nicht da oder dort einen Fehler begehen, der ihn verantwortlich machen kann? Und welche Sicherheit und welche Beruhigung muß nicht eintreten, wenn nach drei Jahren die Verjährung darüber hinweggeglitten und der Beamte gedeckt ist! §§ 196, 197, 852 BGB. [3].

Im übrigen gilt außerdem die althergebrachte dreißigjährige Verjährung, §§ 195, 218 BGB. [4].

So ist die Verjährung ein Regelungs-, Ordnungs- und Beruhigungsinstitut höchsten

---

(Mon. ad prov. Parm. pert. I 6 p. 101) eine zwanzigjährige Verjährung unter Kaufleuten, Novara (1277) Art. 266 eine zweijährige Verjährung des Anspruchs aus der Verwaltung; in Como 1258 Art. 218 (M. hist. patr. XVI p. 85) verjährt der Ackerzins in drei Jahren, eine Zeitlang auch der Geldzins (Como 1203 Art. 250, aber aufgehoben 1222 Art. 251, Monum hist. patriae ib. p. 94. 95) u. a. Vgl. auch Lutzau, Lehre von der Klagenverjährung nach liv-, est- und kurländischem Privatrecht I S. 53 f.: auch dort war die Gesetzgebung vielfach tätig; sie führte namentlich die kurzen Verjährungen ein. Vgl. ferner Ordonn. Metz 1564 Bourd. de R. II p. 377 u. a.

[1] Vgl. RG. 29. Dezember 1911 Entsch. 78 S. 163; 2. April 1912 Entsch. 78 S. 130.

[2] Vgl. Lehrbuch I S. 239. Daß die Verjährung nicht nur eine Sicherung sein soll gegen nochmalige Zahlung, sondern zugleich eine Garantie für Ordnung und Übersicht, ein Schutz des Kapitals gegen das Überfluten von nachträglichen Zinsansprüchen, wird meist übersehen, obgleich ich bereits in der ersten Auflage darauf aufmerksam gemacht habe.

[3] Über die einzelnen Fälle Lehrbuch I S. 253 f. Das Automobilgesetz 3. Mai 1909 hat für die Schadenshaftung zwei Jahre bestimmt, § 14. Über die Regreßverjährung vgl. unten S. 96.

[4] Sie ist für unsere Zeit viel zu lang; zehn Jahre wären genug! In England meist 6 Jahre.

Ranges. Sie kann daher auch nicht vertragsmäßig ausgeschaltet oder verlängert werden, § 225, vgl. aber auch § 477 BGB.

Allerdings geht schon aus dem Obigen hervor, daß sie dann nicht laufen kann, wenn der Anspruchsberechtigte den Anspruch einklagt, also in ordnungsmäßiger Weise betreibt, daher der Grundsatz von der Unterbrechung: die Unterbrechung zerstört die Verjährung, denn wer den Anspruch betreibt, der tut alles, was in seinen Kräften steht, und er rüttelt den Schuldner so sehr auf, daß dieser sich nicht auf die oben angeführten Erwägungen berufen kann[1]. Erst wenn der Prozeß ruht, kann eine Verjährung wieder laufen: dann beginnt eine neue Verjährung. Ebenso wird die Verjährung unterbrochen durch ausdrückliche oder stillschweigende Anerkennung, namentlich durch Teilzahlung oder Zinszahlung, § 208. Im Gegensatz zur Unterbrechung steht die sogenannte Hemmung der Verjährung, indem während der Hemmungsdauer die Zeit nicht verjährend wirkt, aber die bereits abgelaufene Zeit als Verjährungselement bestehen bleibt; so beispielsweise, wenn es sich um Ansprüche zwischen Ehegatten und zwischen Eltern und Kindern handelt: hier soll keine Verjährung laufen, denn es wäre gegen alle ethischen Grundsätze, wenn man verlangen wollte, daß Ehegatte und Ehegatte, Eltern und Kinder gegeneinander klagend aufträten. Ebenso soll bei Automobilschäden die Verjährung so lange gehemmt sein, als Vergleichsverhandlungen schweben, § 14 Automob. Ges. Etwas Besonderes gilt dann, wenn ein Geschäftsunfähiger oder Geschäftsbeschränkter im Augenblick keinen Vertreter hat; in diesem Falle wird die Sache so gewendet, daß sein Anspruch unter allen Umständen noch innerhalb sechs Monaten erhoben werden kann, nachdem die gesetzliche Fürsorge eingetreten ist. Vgl. §§ 202 f., 206, 208 f. BGB.

B. Absolute Rechte.

Erstes Buch.

Persönlichkeitsrecht.

1. Ausflüsse des Persönlichkeitsrechts.

§ 24. Das Persönlichkeitsrecht als das Recht, zu verlangen, daß die Person als vollgültige sittliche und geistige Persönlichkeit anerkannt wird, hat verschiedene Ausladungen. Es schließt das Recht auf Leben, Gesundheit, Ehre in sich ein; aber auch Nebenrechte bestehen in der Art, daß an die Persönlichkeit sich bestimmte Einrichtungen anschließen, die der Person zukommen, um ihr Personenrecht zu befestigen (Sperrforts der Persönlichkeit). Zu diesen Einrichtungen gehört der Name[2]. Das Namenrecht ist im BGB., § 12, ausdrücklich anerkannt: sein Schutz hat die reichsgesetzliche Sanktion erfahren, und es steht nunmehr fest, daß man gegen jeden Eingriff in das Namenrecht einschreiten darf; so insbesondere, wenn jemandem der Name bestritten wird, aber auch dann, wenn ein anderer sich widerrechtlich unseres Namens bedient in einer unser Interesse verletzenden Weise. Als Name gilt der gesetzliche Name und gilt auch der gesellschaftlich anerkannte Deckname (Pseudonym): dies bestreiten heißt Wortauslegung. Über die weiteren Entwicklungen des Namenrechts zum Firmenrecht und über die weiteren Sperrforts des Individualrechts, wie Marke, Etablissementsbezeichnung u. dgl., ist hier nicht zu handeln; sie gehörten dem Handels- und Gewerberecht an[3].

Das Persönlichkeitsrecht ist nicht dem Zivilrecht allein eigen; wo immer die Person hervortritt, wird sie mit dem Schirm des Rechts umgeben; so namentlich auch im Staatsrecht: die

[1] Einige Gesetze lassen bei kleinen Verjährungen zur Unterbrechung eine Mahnung genügen. Wir haben dafür den Zahlungsbefehl.

[2] Eigentlich hat nur die Persönlichkeit einen Namen; doch hat man nicht umhin gekonnt, auch beschränkt rechtsfähigen Vereinen ein Namenrecht zuzuerkennen; vgl. RG. 13. Dezember 1911 Entsch. 78 S. 101.

[3] Vgl. mein Werk: Unlauterer Wettbewerb S. 107 f.

Befugnis zu wählen und gewählt zu werden, ist Ausfluß des Persönlichkeitsrechts; das vom Staat dem einzelnen verliehene Beamtenrecht ist Persönlichkeitsrecht; und ebenso tritt das Persönlichkeitsrecht im Prozeß hervor. Wo immer man hier völlig abwegig mit losen Ansprüchen, z. B. Rechtsschutzanspruch, hantiert hat, hat man es mit einem Persönlichkeitsrecht zu tun, aus dessen Kern heraus Befugnisse und Ansprüche erwachsen können [1].

Zu dem privatrechtlichen Persönlichkeitsrecht gehört auch das Recht am eigenen Bild [2]. Man hat behauptet, jemand habe an dem eigenen Bild ein solches Ausschließungsrecht, daß er überhaupt verbieten könne, ein Bild von sich an die Öffentlichkeit zu bringen. Dies geht zu weit: ebenso wie die Lebensbeschreibung wenigstens nach der äußeren Seite hin bei bedeutsamen Persönlichkeiten eine soziale Sache ist, die dem Publikum nicht entzogen werden soll, ebenso gehört auch das Bild eines in die Öffentlichkeit hervorgetretenen Menschen der Öffentlichkeit an, und diese hat die Befugnis zu verlangen, daß ihr das Bild nicht vorenthalten wird [3]. Anders wäre es allerdings, wenn entweder die Persönlichkeit völlig von der Öffentlichkeit zurückgezogen lebte und es nur etwaige Interessen der Klatschsucht oder der Böswilligkeit wären, welche ihr Bild an das Publikum zögen, oder wenn das Bild in einer entwürdigenden, herabsetzenden Weise, namentlich in einer verächtlichen Umgebung wiedergegeben würde. So hat man es mit Recht für unzulässig gehalten, das Bild einer Sängerin auf Zündholz- oder Biskuitschachteln anzubringen.

Auch dann läge ein Eingriff in die Persönlichkeit vor, wenn sie ohne ihren Willen im intimen Kreise oder in einem solchen Kostüm wiedergegeben würde, welches nicht für die Öffentlichkeit bestimmt ist; es wäre z. B. völlig widerrechtlich, eine im Bade oder im Schlafzimmer photographierte Persönlichkeit dem Publikum preiszugeben. Zu diesen Intimitäten gehören auch die Schauer, welche den Tod umgeben. Es ist darum nicht gestattet, das Bild einer Leiche zu veröffentlichen ohne Genehmigung der Angehörigen; dies wenigstens dann nicht, wenn sie die Leiche nicht selbst der Öffentlichkeit preisgegeben und auf dem Paradebett aufgestellt haben. Ein berühmter Fall dieser Art war der Fall Bismarck, wo zwei Leute kraft Hausfriedensbruches sich eindrängten und die Leiche des Staatsmannes mit Magnesiumlicht photographierten. Die Verbreitung dieser Photogramme wurde von allen drei Instanzen verboten; allerdings läßt die Entscheidung des Reichsgerichts in der Begründung viel zu wünschen übrig [4].

In diese Kategorie gehört auch das Geheimnisrecht, besonders das Recht des Briefgeheimnisses [5].

Das Recht an der Persönlichkeit kann sich auch darin geltend machen, daß die Person nicht an ihrer Ehre angegriffen werden darf, und daß auch alle sonstigen Maßnahmen unterbleiben müssen, welche die Person erniedrigen, herabziehen, lächerlich machen und ihr die gebührende Achtung rauben. In dieser Beziehung geht das Zivilrecht weiter als das Strafrecht; strafrechtlich besteht ein Schutz der Ehre insofern, als die sittliche Würdigkeit der Persönlichkeit nicht angegriffen werden darf; zivilrechtlich aber kann ein Eingriff schon darin liegen, daß man über die Körperlichkeit einer Person Dinge aussprengt, welche sie im Verkehr als minder leistungsfähig erscheinen lassen, oder daß man über ihre Abkunft, über ihre Religion oder sonstige sittlich unanfechtbare Dinge falsche

[1] Ich glaube mich nun deutlich genug ausgedrückt zu haben, um nicht mehr dem Vorwurf zu unterliegen, daß ich die Persönlichkeit gegenüber dem Staat oder gegenüber sonst wem opferte. Was in dieser Beziehung von Richard Schmidt, Hellwig u. a. gegen mich geltend gemacht worden ist, kann nicht anders als unjuristisch bezeichnet werden.

[2] Über diese und andere Fragen vgl. meine Schrift: Das Eigenbild im Recht (1903) und Kunstwerkrecht S. 157.

[3] Es ist völlig verkehrt, hier von bloßer Neugier zu sprechen; höchstens sofern man den menschlichen Wissenstrieb überhaupt Neugier nennen will (vide Hermann und Dorothea).

[4] Vgl. darüber autor- und industrierechtl. Studien II S. 61 f. Obgleich das Recht am eigenen Bild mit dem Kunstwerkrecht nichts zu tun hat, hat das Kunstwerkgesetz darüber einige Bestimmungen gegeben, die allerdings von zweifelhafter Güte sind und nur durch sachgemäße Auslegung erträglich werden, Kunstwerkgesetz §§ 22—24. Vgl. hierzu mein Kunstwerkrecht S. 157 und meine Schrift: Eigenbild im Recht (1903).

[5] Hierüber Recht an Briefen (1898) S. 14 f. Ein Prozeß wegen Briefgeheimnisses wird bereits erwähnt im Lübischen Urkundenbuch 19. Mai 1448 VIII Nr. 514. Neue Gesetze haben weitere Bestimmungen zum Schutze des Geheimnisses, z. B. Strafgesetzbuch Mexiko Art. 764 f. Ein besonderes Gesetz erging in Newyork 23. April 1900 gegen jeden, der Briefe oder Papiere veröffentlicht, die er bei einem Todkranken oder plötzlich Gestorbenen vorfand, Annuaire XXX p. 583.

Ansichten verbreitet, welche der Person in der Verkehrswelt schädlich sein können. Und zwar hat man hier nicht nur einen Anspruch auf Genugtuung im Falle der vollendeten Tat, sondern auch einen Anspruch auf Unterlassung einer erst im Werden begriffenen Tat [1], wie ja überhaupt das Persönlichkeitsrecht einen Anspruch auf Unterlassung fernerer Verletzungen enthält, welche nach den Umständen des Falles zu befürchten wären [2]. Dies gilt auch dann, wenn die Verletzung nur eine objektive war und subjektiv zu entschuldigen ist [3]. Ein Vergleich über den Persönlichkeitsentschädigungsanspruch ist statthaft [4].

Das Persönlichkeitsrecht kann nach verschiedenen Seiten hin gesteigert werden; es ist schon ein Persönlichkeitsrecht, welches mir die Befugnis gibt, ein Gewerbe zu betreiben; habe ich mich aber in den Betrieb des Gewerbes gesetzt, so erlange ich ein gesteigertes Persönlichkeitsrecht, das Gewerberecht.

§ 25. In welcher Weise ich mich in den Gewerbebetrieb setze, ob einfach durch den Beginn des Betriebes oder kraft Konzession oder Erlaubnis, ist hier nicht weiter zu erörtern. Die Darstellung gehört dem Gewerberecht an. Bemerkenswert ist aber, daß das Reichsrecht dahin trachtet, dem Gewerbetreibenden ein festes, nicht auf beliebigen Widerruf gestelltes Recht zu geben (§ 40 GewO.); und wenn insbesondere die Gesetzgebung Geschäftskonzession, Geschäftserlaubnis vorsieht, so geschieht dies nicht etwa nur um des Publikums willen, sondern vor allem auch um des Gewerbetreibenden willen, der durch die Konzession oder Erlaubnis eine feste, unabhängige Stellung haben soll; man sieht darum, wo immer tunlich, von widerruflichen Konzessionen ab [5].

Ausflüsse des subjektiven Gewerberechts sind folgende:

1. Wer zur Zeit des Inkrafttretens eines Gesetzes ein Gewerbe zu betreiben berechtigt ist, wird vom Gewerbebetrieb dadurch nicht ausgeschlossen, daß er den Erfordernissen dieses neuen Rechts nicht genügt. So auch § 1 GewO. Mit Recht hat man, auch was die späteren Novellen zur Gewerbeordnung betrifft, angenommen, daß für sie der gleiche Grundsatz gelte, daß also die Novellenbestimmungen sich nicht auf solche Personen bezögen, welche zur Zeit des Inkrafttretens der Neuerungen bereits ein Gewerbe berechtigtermaßen zu betreiben begonnen hatten, so daß diese, auch ohne die Bedingungen der Novellen zu erfüllen, ihr Gewerbe weiterführen dürften [6]. Von diesem Grundsatz geht auch das Patentanwaltsgesetz 21. Mai 1900 aus [7].

2. Wer ein Gewerbe betreibt, kann zwar aus Gründen des öffentlichen Wohls vom Gewerbe enteignet werden, aber man kann ihm das Gewerberecht nicht beliebig entziehen, §§ 51, 52 GewO. [8].

[1] Z. B. ein Geschäftshaus erfährt, daß eine Zeitung demnächst verschiedene Geschäfte, darunter es selbst als säumige Zahler veröffentlichen wird. Hiergegen kann eine einstweilige Verfügung ergehen. Vgl. das Urteil des OLG. Darmstadt von 1910 bei Jacobsohn, Unterlassungsklage (1912).

[2] Vgl. RG. 13. März 1913 Entsch. 82 S. 60, 62, wo frühere Entscheidungen angeführt sind; doch soll die Unterlassungsklage nur dann stattfinden, wenn nicht der strafrechtliche Schutz als ausreichend gilt. Frühere Entscheidungen sind zitiert bei Lesser, Unterlassungsklage, im Arch. f. b. R. XXXVIII S. 102 f.; auch OLG. Jena 13. Juli 1907 Bl. f. Rechtspfl. 55 S. 57. Vgl. auch Eltzbacher, Unterlassungsklage, S. 78 f. Auf diese Weise wäre auch der Casus Caillaux zu lösen gewesen.

[3] RG. 5. Januar 1905 Entsch. 60 S. 6, OLG. Jena 4. Januar 1909 Bl. f. Rechtspfl. 56 S. 96.

[4] So insbesondere auch ein Vergleich, um die Beleidigungsklage zurückzunehmen, RG. 24. Oktober 1898 Entsch. 42 S. 60, OLG. Dresden 10. Mai 1912 Sächs. Arch. VII S. 387.

[5] So treffend Preuß. Oberverwaltungsgericht 29. Okt. 1883 in den Entsch. des OVG. X S. 261 und 263.

[6] So auch die ständige Praxis des Preuß. Oberverwaltungsgerichts, insbesondere Entsch. 1. Mai 1882, 6. Oktober 1884, 17. März 1900 in den Entsch. des OVG. VIII S. 280, XI S. 308 u. 313 f., XXXVII S. 328, 334; 2. April 1898 Verwaltungsblatt XIX S. 483. Anders, wenn es sich um eine bloße Änderung in der Reglementierung handelt: diese muß sich jeder gefallen lassen; vgl. RG. 17. November 1887 Entsch. Strafs. XVI S. 393.

[7] So § 20 des Gesetzes; mit einigen reglementierenden Vorbehalten und der Möglichkeit ehrengerichtlicher Entscheidung. Vgl. Handbuch des Patentrechts S. 718.

[8] Vgl. darüber RG. 12. November 1887 Entsch. XIX S. 353, 14. Oktober 1901 Entsch. 50 S. 4; Preuß. Oberverwaltungsgericht 29. Oktober 1883, 12. November 1891 in den Entsch. OVG. X S. 261, 271, XXIII S. 255. Zu entschädigen hat das Gemeinwesen, zu dessen Vorteil die Enteignung geschieht, RG. 30. Oktober 1912 Entsch. 80 S. 298, im Zweifel der Staat, RG. 18. März 1913 Entsch. 82 S. 77.

3. Wegen Mißbrauchs kann allerdings das Gewerberecht entzogen werden, insbesondere wenn es auf Konzession oder Erlaubnis beruht, aber nur aus gesetzlichen Gründen und in der gesetzlichen Form, § 53 (§§ 30, 30 a, 32, 33, 34, 36) GewO. [1]. Dies gilt auch von den Versicherungsgesellschaften nach dem Privatversicherungsgesetz vom 12. Mai 1901, § 67 [2].

4. Das Gewerberecht gehört zu denjenigen Persönlichkeitsrechten, welche auf andere Personen übergehen können; allerdings werden Realgewerberechte, welche mit dem Besitz bestimmter Grundstücke ohne weiteres verbunden waren, nicht mehr erteilt; und wenn Anlagen, welche obrigkeitlich genehmigt sind, ohne neue Genehmigung von einem anderen Gewerbetreibenden übernommen werden dürfen, §§ 25 und 49 GewO., so gehört dies nicht hierher, denn die Anlagen sind nur die der Genehmigung bedürftigen Mittel des Gewerbebetriebes; auch das gehört nicht hierher, daß ein Unternehmen übergehen kann, denn es kann nur übergehen an jemanden, welchem der Gewerbebetrieb neu konzessioniert ist; wohl aber gilt der Satz, daß das Gewerbe als solches auf Rechnung der Witwe und der minderjährigen Erben durch einen tauglichen Stellvertreter weitergeführt werden kann (§ 46 GewO.), und daß es weitergeführt werden kann während der Nachlaßverwaltung und während des Konkurses [3].

5. Wer von dem Gewerberecht Gebrauch macht, unterliegt der Verantwortung des Gewerbebetriebes.

Das Gewerbe kann durch einen Stellvertreter betrieben werden, der die Verantwortung übernimmt, aber den Gewerbetreibenden nur beschränkt der Verantwortung entlastet, §§ 45 bis 47, 151 GewO.

6. Wie das Gewerberecht besondere Pflichten gibt, so genießt es einen besonderen Persönlichkeitsschutz, den Schutz gegen unlauteren Wettbewerb, welcher ein besonders weit ausgestaltetes Rechtsgebiet darstellt [4].

7. Das Gewerberecht unterliegt als subjektives Recht der allmächtigen Gesetzgebung: ein späteres Gesetz kann es wie jedes andere Recht aufheben; es ist aber eine gerechte Anforderung an den Gesetzgeber, solches nur gegen Entschädigung zu tun, wenn nicht besondere Gründe vorliegen, das Recht ohne Gegenwert zu opfern. Entschädigung gewährte man darum auch den Privatposten bei Erweiterung des Postmonopols im Postgesetz vom 20. Dezember 1899, ferner den Saccharinfabriken durch das Süßstoffgesetz vom 7. Juli 1902 (in welchem Gesetze zweckdienlicherweise ein Teil der Entschädigung den Gewerbeangestellten zugewiesen wurde). Wichtig ist dies namentlich heutzutage, wo in verschiedenen Ländern das Versicherungsgewerbe mehr oder minder staatlich monopolisiert wird. Allerdings läßt sich nicht der entgegengesetzte Grundsatz aufstellen, daß bei solchen gesetzlichen Maßnahmen eine Entschädigungspflicht stets begründet sei, sofern das Gesetz nicht die Entschädigungspflicht ausschließt: das Gesetz ist allmächtig, und ob es eine Gerechtigkeitspflicht anerkennt, ist eine Frage, deren Beantwortung sich aus dem Inhalt des Gesetzes ergeben muß. Eine völkerrechtliche Frage ist es allerdings, ob ein ausländischer Gewerbeberechtigter, welcher im Inlande zum Betriebe unbeschränkt zugelassen ist, sich die Gesetzgebung ebenso gefallen lassen muß wie ein Inländer (z. B. eine Versicherungsanstalt).

2. Personifikation (Vertretungsmacht).

§ 26. Das Personenrecht kennt auch im Rechtsverkehr eine Personifikation, d. h. eine Tätigkeitsform, bei der jemand eine andere Persönlichkeit annimmt. Dies kommt in der Kunst vor: beruht doch die ganze dramatische Kunst auf solchen Personifikationen; im Rechtsverkehr wird die Personifikation nicht so weit getrieben, daß eine Person sich förmlich in die Maske einer anderen begibt, aber doch in der Art, daß eine Person über das Rechtsgebiet einer anderen herrscht. Es wird daher nicht der Kern der Person, aber ihre Stellung im Rechtsleben von einer anderen Person übernommen. Das ist Stellvertretung [5]. Man spricht deswegen auch von einem alter

[1] Vgl. Preuß. Oberverwaltungsgericht 7. Juni 1879 in dessen Entsch. V S. 286.

[2] Vgl. meine Darstellung in Dernburg VI S. 472.

[3] Leitfaden des Konkursrechts (2. Aufl.) S. 241.

[4] Vgl. mein Werk über den unlauteren Wettbewerb (1913) S. 95 f.

[5] Das BGB. spricht von Vertretung; der Ausdruck mag der Kürze halber hingehen; es ist aber nicht einzusehen, warum wir den treffenderen und volleren Ausdruck Stellvertretung preisgeben sollen.

ego, von einem Handeln im Namen eines anderen. Diese Stellvertretung beruht auf der Stellung, die jemand zu einem fremden Rechtsgebiet hat, auf einer Rechtslage, in welcher sich die Person einerseits und die Rechtsverhältnisse des Vertretenen anderseits befinden: sog. Vertretungsmacht[1]. Die Vertretungsmacht kann beruhen auf Vollmacht, d. h. auf einer personenrechtlichen Erklärung dessen, der vertreten werden soll: ein solcher eröffnet gleichsam das Tor seines eigenen Rechtslebens und läßt den anderen eintreten, der nun darin schalten und walten darf. Aber auch das Gesetz kann derartige Zustände schaffen; die bekanntesten Beispiele sind die des Inhabers der elterlichen Gewalt, des Vormunds und des Pflegers.

Diese ganze Rechtsgestaltung hat etwas ungemein Künstliches und kann dem ursprünglichen Menschen nicht recht zusagen: er kann ein Handeln in die Seele eines anderen nicht verstehen; selbst ein so entwickeltes Verkehrsrecht wie das römische hat die Stellvertretung nur höchst mangelhaft entwickelt, und auch das deutsche Recht hat sich lange dagegen gesträubt. Dagegen hat das orientalische, griechische, hellenistische Recht das Hindernis siegreich überwunden, und von da ist das Institut in das okzidentale Recht übergegangen unter starker Beteiligung der Postglosse und des kanonischen Rechts, und auch die Scholastik mit ihren personenrechtlichen Erörterungen, namentlich auch mit ihren Studien über die juristische Person, hat viel dazu beigetragen, den Gedanken zu reifen, daß eine Person in ein anderes Rechtsgebiet hineinwirken kann[2]. Die modernen

[1] Wenn man den Begriff der Rechtslage ignoriert, so kann man derartige Gestaltungen natürlich nicht konstruieren, so Schloßmann in seinem ganz unbrauchbaren Buche über die Stellvertretung. Über die Rechtslage (namentlich im Prozeß) vgl. Enzyklopädie III S. 327.

[2] Das babylonische Recht hat die Stellvertretung sicher gekannt; hier bestanden von altersher Filialen der Haupthäuser. Vgl. darüber Kohler-Ungnad, 100 Rechtsurkunden, S. 75. Ebenso das griechische Recht Kohler-Ziebarth, Stadtrecht von Gortyn, S. 107 (Vormundschaft); über das hellenistische Recht vgl. Wenger, Stellvertretung im Rechte der Papyer (1906), S. 218 f.; über das Islamrecht vgl. meine Rechtsvgl. Studien S. 33, 147; über die Entwicklung in Glosse und Postglosse vgl. Fränkel, Ztschr. f. vgl. Rechtswiss. XXVII, S. 296 f., über die Entwicklung bei handelsrechtlichen Juristen meine Abhandlung ebenda XXVII, S. 441 f. Voll ausgebildet ist die Stellvertretung und Vollmacht bei Durantis Spec., de procura I 3 § 4 und bei Beaumanoir IV 4. Die Vollmacht tritt uns besonders kräftig in venezianischen Urkunden entgegen, die, am Rialto oder in Konstantinopel ausgestellt, sich auf den orientalischen Verkehr beziehen. So beispielsweise in folgender wichtigen Urkunde aus Konstantinopel von 1189 (Archivio Veneto XX p. 55): Omnis commissio, cum alicui committitur, scripture vinculo debet annodari, ut, cum alicubi ostenditur, removeri valeat omnis dubitacio. Qua propter ego . . . . . . do et committo vobis Andruzane nepcie mee . . et dominico albano nepoti meo, ut amodo in antea ambo et unus solum de vobis, in cuius manibus hanc presentem cartam commissionis apparuerit, totam meam plenissimam virtutem et potestatem habeatis de una videlicet pecia de terra . . . . de qua vero . . pecia de terra . . . . . totam meam potestatem habeatis inquirendi, interpellandi, advocatores inveniendi, placitandi intromittendi, dominandi, tenendi, vendendi, donandi, impegnandi, commutandi, alienandi et, quicquid inde vobis placuerit, faciendi nullo vobis homine contradicente. Ähnliche Urkunden vom Rialto, datiert von 1176, 1179, 1192, finden sich im Arch. Veneto IX p. 103, 110, XX p. 76. In der Urkunde v. 1176 heißt es noch: Quamcumque igitur securitatem (Quittung) de suprascriptis omnibus feceris, firmam conservabo in perpetuum. Quod si contra hanc meam commissionis cartulam ire temptavero, componere promitto cum meis successoribus tibi et quibuscumque securitatem pro me feceris et tuis ac illorum heredibus auri libras quinque. In einer Urkunde vom Rialto, von 1188 im Codice Padovano II Nr. 1473 heißt es: quamcumque igitur cartam exinde feceris et quicquid inde feceris, a me ratum et firmum perpetuo conservabitur. Si ego contra hanc commissionis cartam ire umquam temptavero, componero promitto . . . auri libras quinque et hec commissionis carta in sua firmitate permanent.

Im 13. und 14. Jahrhundert wird die direkte Wirkung der Stellvertretung von den Stadtrechten klar anerkannt. So Como 1232 Art. 264 (Mon. hist. patr. XVI p. 98): tantum valeat et prosit illi, ad cujus partem vel cujus nomine facta est vel recepta, ac si illam cartam vel contractum vel obligationem recepisset. So Brescia 1313 III 189 (Mon. h. patr. II p. 1769): quod ex omni contractu inito et facto nomine alterius, tam de mercato quam de aliis rebus, aquiratur actio et aquisita sit illi vel illis, quorum vel cujus nomine contractus sive promissio factus est vel facta. (Die Bestimmung ist bereits von 1252.) In Castellarquato 1445, IV 6 heißt es: quilibet possit stipulari et aquirere nomine et vice alterius . . . ex ipsa stipulatione jus et actio aquiratur illi cujus nomine stipulatum . . . fuerit.

In Vicentiner Urkunden des 15. Jahrhunderts findet sich die Stellvertretung voll ausgeprägt; es heißt hier z. B. 1448: recipientem pro se et heredibus suis nec non loco jure et nomine Johannis civis fratris, pro quo de rato et ratihabitione solemniter promisit. So auch die Ley de Siete Part. V 11 a. 8: otorgue poder que la pueda demandar.

Rechte haben allgemein die Stellvertretung angenommen, und nur wenige Rechtsgeschäfte sind dieser Rechtsfigur entzogen geblieben.

Die Vollmacht gibt dem Bevollmächtigten eine Rechtsmacht in die Hand, d. h. er ist in der Rechtslage, Veränderungen im Rechtsbereich des Bevollmächtigers herbeizuführen[1]. Diese Rechtslage kann jemand gebrauchen und mißbrauchen: natürlich ist der Zweck ihrer Schöpfung ein bestimmungsmäßiger, dem Sinne des Vollmachtgebers entsprechender Gebrauch; daher wird mit der Erteilung der Vollmacht regelmäßig die Begründung eines Pflichtverhältnisses verbunden werden, welches dem Bevollmächtigten die Route zuschreibt, in welcher er sich bei Benutzung der Vollmacht halten soll. Das Pflichtverhältnis ist gewöhnlich Auftrag in dem Sinne, daß der Bevollmächtigte im Interesse des Vollmachtgebers oder als Gesellschafter in beiderseitigem Interesse handeln soll. Hierbei gilt folgendes: handelt der Bevollmächtigte innerhalb seiner Vollmacht, machte er aber von ihr einen bestimmungswidrigen Gebrauch, so ist seine Handlung trotzdem völlig gültig und bewirkt die entsprechende Rechtsänderung in der Person des Vollmachtgebers; aber er kann diesem für den Mißbrauch verantwortlich werden. Umfang der Vollmacht und Auftragspflicht gehen also durchaus nicht immer pari passu. Die Sicherheit des Lebens verlangt häufig einen gestreckten Umfang der Vollmacht, während der Pflichtenkreis beschränkt ist; die Vollmacht ist hier Gegenstand des Vertrauens und der Treue. So kennt insbesondere das Handelsgesetzbuch eine Reihe von Einrichtungen, wo die Vollmacht einen ganz bestimmten unbeschränkbaren Umfang hat und dieser Umfang mithin im Gegensatz steht zu dem individuell gestalteten Umkreis der Pflichten; so hat beispielsweise der Prokurist, soweit die gesetzliche Schablone seiner Vollmacht reicht, in vollgültiger Stellvertretung gehandelt, auch wenn er von der Vollmacht einen pflichtwidrigen Gebrauch gemacht und die Vorschriften des Geschäftsherrn schnöde übertreten hat. Die Treue ist ein wesentliches Element des Rechtslebens, aber sie ist hier etwas Internes, nicht Externes.

Die Vollmacht ist regelmäßig widerruflich. Wer nicht in der Lage wäre, die einem anderen anvertraute Vollmacht zurückzurufen, der würde zum Knecht und Sklaven. Doch ist eine Ausnahme dann zu machen, 1. wenn die Vollmacht einem Gesellschaftsvertrag und seinem Pflichtverhältnis entspricht: wer als Gesellschafter Vollmacht hat, weil er Geschäftsführer ist, dem kann die Vollmacht nur nach den Regeln der Geschäftsführung entzogen werden, denn er ist mitbeteiligt, § 712 f. BGB.; 2. wird die Vollmacht ausnahmsweise im Interesse des Bevollmächtigten gegeben, so erfüllt sie die Funktion der Übertragung: A. welcher virtuell eine Sache an B. übertragen will, kann dies in der Art tun, daß er juristisch die Sache behält, dem B. aber die Vollmacht gibt, sie zu benutzen und darüber zu verfügen; in diesem Falle kann der Widerruf ausgeschlossen sein, § 168 BGB.[2]. Dies gilt aber nicht, wenn keine Übertragung, sondern nur die Einräumung gewisser Verfügungsrechte beabsichtigt ist, wie bei den amerikanischen Trustes; unsere Vollmacht kann nur benutzt werden, um eine bestimmte Übertragung zu verkleiden, nicht aber, um ein Recht beliebig zu zerfasern und ihm Verfügungsrechte zu entziehen; die schweren Folgen amerikanischer Trustverhältnisse sind ein beherzigenswertes Menetekel[3].

Die Vollmacht als einseitiges Rechtsgeschäft kann sowohl dem Stellvertreter als auch Dritten gegenüber geäußert werden; auch dem Publikum gegenüber kann sie durch eine öffentliche Erklärung erfolgen; Dritten kann man sie auch mittelbar erklären, indem man dem Stellvertreter eine Vollmachtsurkunde mitgibt: denn dadurch erklärt man gegenüber einer jeden „incerta persona", welcher etwa der Stellvertreter die Urkunde vorweisen wird, die Vollmacht[4]. Dies ist allerdings nicht so zu denken, als ob auf solche Weise die Vollmacht immer und immer erneuert würde, aber so, daß die in der Ausstellung der Urkunde liegende Bevollmächtigung

[1] Lehrbuch I S. 437. Von der Vollmacht wohl verschieden ist die Aufstellung einer Person als lediglich Erklärungsempfängerin; der Bote als Erklärungsempfänger hat nur die Stellung eines Phonographen; vgl. Falkmann, Rechtsstellung des Boten (1908), S. 36 f.

[2] Vgl. auch Tuhr, Unwiderrufliche Vollmacht (1908) Festschr. f. Laband S. 50 f.

[3] Vgl. meine Abhandl. in der Monatsschrift für Handelsrecht XX S. 285, 302. Im übrigen vgl. über das englische Treuhandgeschäft Fischbach, Treuhänder (1912), S. 60 f. und Schöny im Arch. f. b. Recht XXXV S. 298 f.

[4] Das BGB. spricht von Erklärung und Kundgebung der Vollmacht, §§ 167, 170, 171; ein juristischer Unterschied besteht nicht; es steht nichts im Wege, daß ich die Vollmachtserklärung mehreren gegenüber und zu verschiedenen Zeiten mache. Vgl. auch Hupka, Vollmacht (1900), S. 163.

immer neue Vollmachtswirkungen gegenüber den Personen äußert, welche die Vollmachtsurkunde sehen und infolge ihrer handeln. Dies ist allerdings etwas sehr Gefährliches, und der Widerruf der Vollmacht ist hier sehr erschwert; denn der Widerruf kann nur demjenigen geäußert werden, dem gegenüber die Vollmacht erklärt ist: mit der Vollmachtsurkunde aber wandert die Vollmacht in ihrer Wirkung von Person zu Person; sie wirkt, ehe der Widerruf die Vollmacht vernichten könnte. Man hat deshalb zu dem Aushilfsmittel der Kraftloserklärung gegriffen[1]: diese kann erfolgen durch öffentliche Bekanntmachung nach den Grundsätzen der zivilprozessualen Ladungsbekanntmachung[2]; eine notwendige Einrichtung, durch welche die Vollmacht allerdings an Sicherheit bedeutend verliert; doch ist dabei wohl in Betracht zu ziehen, daß die Kraftloserklärung erst nach Ablauf eines Monats nach der Einrückung in die öffentlichen Blätter wirkt. Man prüfe daher, ob die Monatsfrist noch nicht überschritten ist (§ 176)[3].

Übrigens kann auch eine sonstige Widerrufserklärung von Wirkung sein, aber nur dann, wenn der Dritte, dem gegenüber die Vollmacht wirkt, von dem Widerruf weiß, oder wenn sein Nichtwissen ein verschuldetes ist (§ 173 BGB.).

Wer ohne Vollmacht handelt unter Umständen, unter denen der Dritte ihn als bevollmächtigt erachten mußte, der haftet; ist er allerdings in gutem Glauben, so haftet er nur für das negative Interesse. Nachträgliche Vollmacht heißt Genehmigung, § 177 f.[4].

Zweites Buch.

Gegenstandsrechte.

Erster Abschnitt.

Recht an Sachen.

I. Abgeleitetes Recht kraft der Friedensordnung (Besitz).

§ 27. Der Besitz ist eine Sache sozialer Ordnung. Wie die soziale Ordnung die Person schützt, so schützt sie auch die Umgebung der Person. Hiermit nimmt der Besitz ein individualistisches Element an: damit der Besitzesschutz eintritt, muß die Sache in die Umgebung der Person gerückt werden. Dies kann in unwillkürlicher Weise erfolgen, wenn die Sache zu mir in eine solche innige Beziehung getreten ist, daß diese Beziehung ohne tatsächliches Eingreifen meiner Persönlichkeit nicht gelöst werden kann; z. B.: es ist mir eine Sache in die Tasche gesteckt, es ist mir ein Gegenstand in die Schublade meines Schreibtischs gelegt worden oder in die geheime Kassette oder in einen anderen Verwahrungsraum. Ganz anders dann, wenn die Beziehung nicht in einer solchen Weise hergestellt ist; wenn etwas zwar in den Kreis meines Wirkens fällt, aber so, daß es ohne tatsächliches Eingreifen in meine Persönlichkeit von mir losgetrennt werden kann. In einem solchen Falle gilt folgendes: ich besitze die Sache, wenn ich sie besitzen will, aber nur in diesem Falle. Diesen Willen kann ich zum voraus erklären, z. B. ich bezeichne meinen Schreib-

[1] Dasselbe muß auch gelten, wenn jemand ein Blankett ausgestellt hat und dies gegen die Verabredung ausgefüllt wurde; der Aussteller begibt sich durch das Blankett in eine Vollmachtssituation, die er durch Widerruf aufheben kann; vgl. Voß, Jahrb. f. Dogm. 56, S. 458.

[2] Lehrbuch I S. 557, Hupka, Haftung des Vertreters (1903), wo S. 95 treffend auch auf das englische Recht verwiesen wird.

[3] Wie, wenn eine Vollmacht etwa in einer Versammlung kundgegeben wird? Hier gilt für den Widerruf § 132 BGB. Vgl. Goldberger, Schutz gutgläubiger Dritter, S. 48.

[4] Davon verschieden ist die Genehmigung der Tat eines eigenpersönlich Handelnden, der über fremdes Vermögen verfügt hat: hiervon spricht § 184. Sie hat einen ganz anderen Charakter: sie ist die Ergänzung zu der ohne Recht erfolgten Verfügung, eine Ergänzung, welche ebenso eintritt, wenn der Verfügende nachträglich berechtigt wird, §§ 184, 185 BGB., welche aber nur eintritt vorbehaltlich der unterdessen erworbenen Rechte Dritter. Vgl. Merten, Einwilligung (1913), S. 86 f. Im übrigen ist sie ein zum Rechtsgeschäft hinzutretender Zusatz, nicht ein Teil des Rechtsgeschäftes, denn dieses ist bereits abgeschlossen; weshalb, wenn guter Glaube entscheidend ist, der gute Glaube zur Zeit des Rechtsgeschäftes, nicht zur Zeit der Genehmigung in Betracht kommt, RG. 14. Oktober 1908 Entsch. 69 S. 264, Rothkugel, Rückwirkung der Genehmigung (1911) S. 34 f.; und weshalb auch die Form des Rechtsgeschäfts nicht für die Genehmigung erforderlich ist. Vgl. S. 74.

tisch als die Stelle, wo die abgegebenen Briefe niedergelegt werden sollen; oder ich lasse die vom Lebensmittelhändler herrührenden Gegenstände ein für und allemal in den Vorraum oder in die Küche bringen. Ist dagegen ein solcher Wille nicht geäußert, sei es zum voraus, sei es nachher, so liegt ein Besitzerwerb nicht vor, z. B. nicht dann, wenn jemand seinen Hut in meinem Hausraum ablegt, oder wenn ein Dritter meinen Keller benutzt, um dort seinen Raub für einige Zeit in Sicherheit zu bringen[1].

Diese Verbindung des sozialen mit dem individuellen Moment ist die Schwierigkeit der Lehre[2]. Das individuelle Moment wird natürlich dann eine ganz besondere Bedeutung gewinnen, wenn es sich um ein Grundstück handelt, welches nicht ebenso wie eine bewegliche Sache in eine unmittelbare Berührung zu mir und meinem Hauswesen treten kann. Hier muß der Wille, die Sache für mich zu haben, ganz besonders zum Ausdruck gebracht werden; dies kann aber nicht bloß durch Sachbehandlung geschehen, sondern auch durch sonstige soziale Tätigkeit: so dadurch, daß ich der Öffentlichkeit gegenüber, z. B. durch einen Grundbucheintrag, erkläre, die Sache haben zu wollen.

§ 28. Die große Bedeutung des Besitzinstituts besteht in folgendem: niemand ist berechtigt, den Besitzzustand eigenmächtig zu brechen, auch wenn er das beste Recht hat. Findet er, daß der Besitzstand nicht mit dem Recht übereinstimmt, dann ist es seine Sache, auf dem Wege staatlicher Hilfe sein Recht zu verwirklichen. Dies ist die ganze Grundlage des Besitzschutzes, und es versteht sich daher von selber, daß der Besitz ein Recht ist, aber nicht, wie die gewöhnlichen subjektiven Rechte, ein Recht im Interesse des Berechtigten, sondern ein Recht zur Erhaltung des allgemeinen Friedens, ein Recht, das jeder gleichsam als Beauftragter des Staates, als Verteidiger der Friedensordnung innehat; und so erklärt es sich, daß auch der Dieb, auch der unredliche Besitzer Besitzer ist und den Besitzesschutz genießt, weil Staat und Ordnung nicht bestehen können, wenn nicht der Besitzer, ohne Rücksicht auf seinen Besitzgrund, also auch der Dieb, geschützt ist: der Dieb, der sonst ein staatsgefährliches Subjekt ist, tritt insofern als Vertreter der staatlichen Friedensordnung auf. Daraus ergibt sich auch von selber, daß jemand den Besitz erwerben kann, der völlig geschäftsunfähig ist, denn auch er ist ein Mitglied der Friedensordnung, und auch ein Einbruch in seine Sphäre würde die Friedensordnung stören: die Annahme, daß nur ein Geschäftsfähiger Besitz erwerben könne, widerspricht den Grundlagen des Besitzinstituts. Daher ist es auch begreiflich, daß man Besitz an Teilen einer Sache, an Räumen, auch an einer Wandfläche haben kann (z. B. wenn man sie für öffentliche Anschläge mietet), während an solchen Bestandteilen ein Eigentum nicht möglich ist (§ 865 BGB.): das Recht der Friedensordnung folgt anderen Grundsätzen als das individuelle Recht menschlicher Interessen[3].

Das Willenselement beim Besitz tritt nun aber insbesondere noch in folgendem hervor: nicht selten finden Beziehungen zwischen zwei Personen in der Art statt, daß die eine Person eine Sache innehat in voller Anerkennung dessen, daß sie einem anderen gehört. Man könnte nun in solchem Falle dem Inhaber allein Besitz geben und den anderen auf das Recht beschränken; damit würde man aber eine große Ungerechtigkeit begehen: man muß auch diesem anderen die Befugnis geben, die Sache gegen Besitzstörungen Dritter zu schützen, er kann in dieser Beziehung nicht auf den guten Willen des Inhabers gestellt sein. Das römisch-byzantinische Recht hat dies wohl erkannt, aber es ist dabei in das entgegengesetzte Extrem gelangt, indem es dem Inhaber den Besitzschutz aus der Hand nahm und ihn zum bloßen Detentor machte: so war der Mieter, der Pächter bloßer Detentor und ohne eigentlichen Besitzschutz, wenn man sich dabei auch genötigt sah, ihm mittelbar manche Schutzrechte zu geben, wie das interdictum quod vi

[1] Vgl. auch Last im Jahrbuch f. Dogm. **63** S. 114.

[2] Es gilt hier wie oft, daß viele Besitzgeschäfte typischer Art sind und der Einzelwille nur dann in Betracht kommt, wenn etwas davon Verschiedenes gelten soll. Vgl. Bruns, Besitzerwerb durch Interessenvertreter (1910), S. 167. Über den animus bei den Römern vgl. von Hollander in der Festgabe für Fitting (1903).

[3] Die Frage, ob der Besitz ein bloßes Faktum (also ein Nichtrecht) oder ein Recht ist, ist hiernach von selbst gelöst. Was in dieser Beziehung an unbrauchbarer Scholastik geleistet wurde, ist kaum zu beschreiben. Wer davon einen Begriff haben will, lese das Verzeichnis der Schriftsteller pro und contra bei Scillamà, Sistema generale del possesso (1894) p. 376—393. Treffend sagt Holmes, Common Law (1881) p. 214: Just so far as possession is protected, it is as much a

aut clam [1] und die actio legis Aquiliae utilis. Dies ist eine mangelhafte Gestaltung der Sache, die allerdings auch im römischen Recht nicht überall durchgedrungen ist: bald hat man durch den sogenannten abgeleiteten Besitz nachgeholfen, durch den abgeleiteten Besitz des Provinzialeigners, der in der Tat keinen wahren Besitz haben konnte, da ihm das Eigentum am Provinzialboden grundsätzlich entzogen war; durch den abgeleiteten Besitz des Erbpächters und des Erbbauberechtigten und vor allem durch den abgeleiteten Besitz des Faustpfandgläubigers. In anderen Fällen, wie beim Nießbrauch, half man sich durch die künstliche Gestaltung eines Rechtsbesitzes, einer possessio juris. Dieses ganze System leidet an einer unerträglichen Künstelei und ist im höchsten Grade unfolgerichtig und für wichtige Interessen verderblich. Es ist unbegreiflich, wie man hierin seit Savignys Zeiten die Höhe des Besitzesrechts hat finden können [2]. Das Richtige liegt vielmehr darin, daß in den angeführten Fällen sowohl der Eigenbesitzer als der Fremdbesitzer, d. h. sowohl derjenige, der für sein Eigenrecht, als auch derjenige, der für das Eigenrecht eines anderen besitzt, Besitzer sind: zwei Besitzer, die Dritten gegenüber in solidarer Kraft auftreten und nur in Beziehung zueinander nicht als Besitzer handeln können, weil hier Besitz und Besitz einander gegenüberstehen und in solchem Falle nur schließlich das Recht entscheiden kann.

Das BGB. hat dem abgeholfen, indem es, dem germanischen Recht entsprechend, dem Mieter, Pächter, Verwahrer der Sache Besitz gab. Auf diese Weise kam es zu einem doppelten Besitz, zum Eigenbesitz und zum Fremdbesitz, zum mittelbaren und zum unmittelbaren Besitz (§ 868) [3].

Es hat auch gar nichts auf sich, wenn dieses scheinbar verwickelte System in das Besitzrecht aufgenommen wird, denn die Verhältnisse des Lebens werden hier gewöhnlich dazu führen, daß der Eigen- und Fremdbesitz in seinem wahren Charakter auch nach außen hervortritt. Insbesondere, was Miete und Pacht betrifft, wird ein jeder Dritte erkennen, sowohl daß Mieter und Pächter auf ihrem Gebiete Herr sein wollen, als auch, daß sie nur Herr sein wollen unter vollständiger Anerkennung des Eigners; das gleiche gilt, wenn jemand eine Sache geliehen oder eine Sache als Faustpfand erhalten hat, und das gleiche gilt vom Nutznießer in den Nutznießungsverhältnissen des Familienlebens: in der Stellung des Ehemanns und des Trägers der elterlichen Gewalt tritt beides schon nach außen klar genug hervor. Fraglich kann es sein, ob, wenn jemand äußerlich in seinem Namen, innerlich aber im Interesse eines anderen erwirbt, wie der Kommissionär, das Erworbene in den Eigenbesitz des Kommissionärs oder in seinen Fremdbesitz zugunsten des Kommittenten gelangt. Diese Frage läßt sich nicht vom individualistischen, sondern nur vom sozialen Standpunkte aus beantworten [4].

§ 29. Der Besitzer hat das Recht der Selbstverteidigung, der mittelbaren wie der unmittelbaren, er hat auch einen klagbaren Anspruch wegen Besitzstörung und wegen Besitzentsetzung, §§ 861–863, 869. Nach beiden Richtungen hin ist noch folgendes zu bemerken: Die Selbst-

source of legal rights as ownership is when it secures the same protection. Vgl. hierzu auch R. Leonhard, Ein amerikanisches Urteil über die deutsche Besitzlehre (Festschrift für Gierke).

[1] Über das interdictum quod vi aut clam des Mieters und Pächters vgl. Gerstel, Ersatz des interd. q. v. aut clam (1902), S. 25.

[2] Es ist auch nicht einmal römisch. Die Interpolationskunde hat gezeigt, daß im römischen Recht für den Interdiktenschutz und das Usukapionsrecht verschiedene Grundsätze galten. Darauf ist hier nicht einzugehen; als römisches Recht bezeichnete ich eben das Recht, wie es von Justinians Zeiten her als römisches Recht galt. Vgl. die lehrreichen Forschungen von Riccobono, La teoria Romana dei rapporti di possesso im Bullet. dell'Instituto di Diritto Romano (1911) Sep.-A. S. 9 f.

[3] Das Schweizer ZGB. sagt § 920 zutreffender: selbständiger, unselbständiger Besitz; der ungarische Entwurf spricht von Hauptbesitz (§ 355). Als Beispiel, wie sich der Gesetzgeber ausdrücken soll, und wie er sich nicht ausdrücken soll, vgl. man a. 920 Schweizer ZGB.: „Hat ein Besitzer die Sache einem andern zu einem beschränkten dinglichen oder einem persönlichen Recht übertragen, so sind sie beide Besitzer"; und im Gegensatz dazu das BGB. § 868: „Besitzt jemand eine Sache als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er einem Anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der Andere Besitzer (mittelbarer Besitzer)". Eine Art des Fremdbesitzes entsteht auch durch Belegen eines Platzes in einem öffentlichen Raum, soweit dieses Belegen dem Publikum freigestellt ist. Vgl. Alb. Huber, Schweizer Jurist.-Zeitg. VI (1910) Heft 16.

[4] Letzteres ist bei Individualkäufen anzunehmen, ersteres bei Gattungskäufen, Z. vgl. R. XXVII S. 445; vgl. auch Bruns, Besitzerwerb durch Interessenvertreter (1910), S. 78.

verteidigung des Besitzers beruht auf dem Grundsatze der Friedensordnung: Niemand soll in seinem Besitz gestört werden, und wenn eine solche Störung versucht wird, darf sich der Besitzer dagegen wehren. Wie man also auf der einen Seite die Selbst hilfe als in Widerspruch mit der Friedensordnung erklärt hat, so auf der anderen die Selbst verteidigung als Ausfluß und Folgerung eben dieser Friedensordnung; und gerade darin liegt der wesentliche Charakter des Besitzes: wer Besitzer ist, darf sich wehren (§§ 227, 859). Übrigens hat unser Recht diesem Satze noch die weitere Folgerung gegeben, daß, auch wenn der Besitzer bereits verdrängt ist, er sich immer noch wehren kann, sofern er es nur sofort tut, so daß man Besitzentsetzung und -wiedererlangung gleichsam als einen Vorgang behandeln kann, der so zu betrachten ist, als ob der Besitz niemals verloren worden wäre. Man darf das Zeitliche im Recht nicht auf die Weise übertreiben, daß man dem kurzen Augenblick des Besitzverlustes eine grundsätzliche Bedeutung beimäße, während er doch ohne Einfluß auf die wirtschaftliche Lage gewesen ist [1]. Noch weiter geht unser Recht in diesem Gedanken, wenn es sich um die klageweise Geltendmachung des Besitzes handelt. Hier herrscht der Satz, daß zwar im Grunde genommen jeder des Besitzes Entsetzte die Wiedereinsetzung verlangen kann; doch soll eine Ausnahme gelten, wenn der des Besitzes Entsetzte selbst seinerseits vor weniger als einem Jahr den Beklagten entsetzt hatte: in diesem Falle ist der Beklagte dieser Besitzklage gegenüber in der Art geschützt, daß er die Fortdauer seines Besitzes verlangen kann. Auch hier wird die Entsetzung und Wiedereinsetzung gewissermaßen so behandelt, als wenn eine Entsetzung niemals stattgefunden hätte (§ 861).

Der Besitzer hat ein Recht nicht nur gegen den Entsetzer, sondern auch gegen seine Erben und gegen denjenigen, der von ihm mit dem Bewußtsein erworben hat, daß dessen Besitz auf einer Entsetzung, d. h. auf verbotener Eigenmacht, beruht. Dies ist ein wichtiger Grundsatz des deutschen Rechts; man spricht hier von Spolienklage: Besitzentsetzung ist spolium, und die Klage geht gegen den Spoliator und denjenigen, der von ihm bösgläubig erworben hat: auch dieser ist in der Sprache unseres Gesetzes ein fehlerhafter Besitzer (§ 858).

II. Selbständige Rechte an Sachen.

1. Allgemeines.

§ 30. Die Sachenrechte sind entweder Substanz- oder Wertrechte. Das Substanzrecht zielt dahin, eine Sache nach ihren individuellen Vorteilen und Gestaltungen der menschlichen Wirtschaft oder der menschlichen Kultur dienstbar zu machen; es verfolgt die Sache nach allen Richtungen ihrer kulturellen Wesenheit hin und kann sich als mehr oder minder bedeutsam erweisen, je nachdem die Sache größere oder geringere Erträge liefert. Das normale Recht dieser Art ist das Eigentum. Eine frühere Theorie stellte das Eigentum als ein absolutes Recht auf und zeitigte die sonderbare Vorstellung des jus utendi abutendi; aber die Befugnis des Mißbrauchs ist niemals ein Recht. Allerdings kann die Rechtsordnung jemandem Befugnisse gewähren, ohne ihn einer näheren Kontrolle zu unterwerfen, so daß die mehr oder minder zweckmäßige Art der Benutzung nicht weiter in Betracht gezogen wird: ein derartiger Benutzungsrahmen ist dem Berechtigten gestattet, um ihn in voller Freiheit walten zu lassen und nicht in Fesseln zu legen; allein ein Recht des Mißbrauchs wäre eine Abnormität. Sobald der Mißbrauch solche Dimensionen annimmt, daß hierdurch die Kulturinteressen gefährdet oder gestört werden, tritt die staatliche Ordnung hervor und legt ihr Veto ein.

Aus diesem Grunde und wegen der vielen Zusammenhänge verlangt der Gebrauch der Sachen eine Regelung; namentlich kann kein Grundeigentum bestehen, ohne daß eine staatliche Ordnung Bestimmungen trifft. Vor allem wird die Polizeigewalt im Interesse der vielseitigen Gemeinschaftsinteressen berechtigt sein müssen, da und dort einzuschreiten. Welches die Grenzen dieser Polizeigewalt sind, ist nicht im einzelnen festzusetzen, sondern muß nötigenfalls von den Verwaltungsgerichten nach der Frage entschieden werden, ob die öffentlichen Interessen oder das Interesse der Freiheit des Einzelnen vorgehe [2].

[1] Lehrbuch I S. 207 f.; vgl. auch Schweizer ZGB. a. 926.

[2] Preuß. Oberverwaltungsgericht 22. Dezember 1911 Entsch. 60 S. 310; frühere Entscheidungen ebenda 33 S. 413, 36 S. 401, 39 S. 400, 40 S. 398 u. a. Vgl. auch Stier-Somlo,

Das Eigentum verfolgt die Sache nach allen ihren Kulturerscheinungen hin und ist nicht beschränkt nach den Bedürfnissen des Einzelwesens. Andere Substanzrechte können an gewisse Beschränkungen gebunden sein, zwar nicht der Nießbrauch, der ebenfalls über die Bedürfnisse des Einzelwesens hinausgehen kann; dagegen gibt es Nutzungs- und Gebrauchsrechte, welche nur für die Bedürfnisse des Einzelnen geschaffen sind: so das Wohnungsrecht auch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, ähnlich wie die habitatio und der usus aedium des römischen Rechts, § 1093: aber in diesem Falle ist die Beschränkung nicht eine pekuniär fixierte, sondern eine auf die allgemeinen Bedürfnisse der Person und ihrer Familie gesetzte, und darum ist das Recht zwar in seiner substantiellen Entwickelung beschränkt, aber trotzdem ein Substanzrecht.

Im Gegensatz dazu sind Wertrechte diejenigen, deren Funktion es ist, einen bestimmten Wert (Geldwert) aus der Sache zu ziehen, so daß, wenn diese Funktion erfüllt ist, das Recht seine Bedeutung und Tragkraft verliert[1]. Die Hauptarten dieser Berechtigung sind Grundschuld und Pfandrecht, von denen später (S. 62 f.) die Rede sein wird.

§ 31. Das dingliche und das schuldrechtliche Moment ist im BGB. ziemlich scharf geschieden. Allerdings gibt es Vermittlungen, z. B. Miete und Pacht; sie sind zwar an sich schuldrechtlich, aber sie erlangen unter Umständen die Eigenheit von Rechten mit Ansprüchen gegen einen jeden Rechtsnachfolger, so mindestens, wenn es sich um Miete und Pacht von Grundstücken, Wohnräumen und Räumen handelt und die Sachen und Räume den Mietern und Pächtern überlassen sind: diese erlangen ein Recht gegen jeden Rechtsnachfolger, mitunter auch gegen andere Personen, welche an Stelle des Vermieters treten, so gegen den Eigentümer, wenn der Nießbraucher vermietet, gegen die Ehefrau, wenn der Ehemann das eingebrachte Gut der Frau vermietet, gegen den Nacherben, wenn der Vorerbe vermietet hat (§§ 1056, 1423, 1663, 2135 BGB.) — alles mit gewissen Vorbehalten; vgl. auch § 57 ZVG. Durch dieses Schuldrecht gegen jeden Rechtsnachfolger tritt eine bedeutende Annäherung nach der Seite des dinglichen Rechtes ein. Zwar ist der Unterschied immer noch prinzipiell; denn beim dinglichen Recht liegt ein unmittelbares Verhältnis des Berechtigten zur Sache vor, bei dem Recht gegen jeden Rechtsnachfolger dagegen ist ein schuldrechtlicher Anspruch auf Übertragung oder auf eine sonstige Leistung gerichtet[2]. Es wäre ja möglich gewesen, das Recht des Mieters oder Pächters dinglich zu gestalten, dann hätte man ihm aber auch einen Anspruch gegen einen Nachbarn geben müssen, welcher etwa durch bauliche Anlagen in das Recht des Mietherrn eingreift; denn ein solcher würde zu gleicher Zeit die Interessen des Mieters beeinträchtigen; es wäre aber nicht zweckmäßig, dem Mietrecht eine derartige Ausladung nach dritter Seite hin zu geben und dadurch in die freie Selbstbestimmung des Mietsherrn gegenüber seinem Nachbarn einzugreifen[3]. Allerdings ist es nicht ausgeschlossen, mit dem Mietsrecht ein Wohnungsrecht nach § 1093 BGB. zu begründen; allein dies kommt in der Praxis kaum vor[4].

Ein besonders wichtiger Fall eines Schuldrechts gegen jeden Rechtsnachfolger war im deutschen Recht das sogenannte Recht zur Sache (jus ad rem), wonach der Käufer, auch wenn er noch nicht Eigentümer geworden ist, doch ein Recht nicht nur gegen den Verkäufer, sondern auch gegen den Dritten hat, der vom Verkäufer im Bewußtsein dessen erwarb, daß die Sache bereits verkauft sei. Das BGB. hat dieses jus ad rem in eigenartiger Weise entwickelt: wer über ein Grundstück mit dem Eigentümer einen Vertrag abgeschlossen hat, etwa, daß er es ihm unter bestimmten Umständen übereigne, der kann sich ein jus ad rem gegen jeden künftigen Grundstückerwerber dadurch wahren, daß eine Vormerkung hierwegen ins Grundbuch eingetragen

Pflicht des Eigentümers zur Erhaltung seines Eigentums (1898), S. 59 f. So hat die Polizei die Befugnis, im Interesse des Verkehrs zu verlangen, daß an den Häusern Schilder mit Hausnummern angebracht werden; vgl. Preuß. Gesetz über Polizeiverwaltung 11. März 1850 § 6 b.

[1] Manche wollen bei den Wertrechten noch eine besondere Eigentümerschuld konstruieren. Diese Konstruktion (z. B. Gierke, Privatrecht II S. 853) ist völlig unnötig und kann nur zu Unklarheiten führen.

[2] Die aus dem preußischen Landrecht mit seinen ungeschichtlichen naturrechtlichen Unklarheiten hervorgegangenen Bestrebungen, den Unterschied zwischen dinglichen und persönlichen Rechten überhaupt zu leugnen und die Dinglichkeit auf einen absoluten Klagschutz zu reduzieren (vgl. z. B. Eugen Fuchs, Wesen der Dinglichkeit (1889) S. 67 f.), sind nicht weiter zu berücksichtigen.

[3] Vgl. Crome, Jahrbuch f. Dogm. XXXVII S. 43 f.

[4] Vgl. Neuwiem, Mietsartige Bestellung eines dinglichen Wohnungsrechts (1906) S. 41.

wird §§ 883, 884 BGB.; vgl. auch §§ 14, 24, 193 KO.[1]. Nicht das gleiche gilt bei beweglichen Sachen; wenn jemand eine solche dem A. verkauft, aber noch nicht übereignet hat, so kann dieser A. gegen einen Dritten, der nach ihm zum zweiten Male die Sache kauft, nicht mit einem jus ad rem vorgehen. Doch wird man folgendes annehmen: wenn dieser Dritte im Bewußtsein erwirbt, daß es sich nicht darum handelt, den ersten Käufer loyalerweise zufriedenzustellen, sondern ihn geradezu um seinen Anspruch zu bringen, so hat der erste Käufer gegen den Dritten einen Anspruch nach §§ 823, 826 BGB., denn dies ist ein Handeln gegen Anstand und Sitte. Auf diese Weise bekommt der erstere die Sache heraus; allein auch nur in diesem Fall; auch muß der böse Glaube im Moment des Besitzerwerbes vorhanden sein: nachträgliche Kenntnis ist bedeutungslos.

§ 32. Der germanische Unterschied zwischen liegenschaftlichem und beweglichem Vermögen ist bedeutungsvoll ins BGB. übergegangen. Das Grundstücksvermögen wird charakterisiert durch das Grundbuch. Die einzelrechtlichen Geschäfte, welche sich auf dingliche Rechte an Grundstücken beziehen, bedürfen zu ihrer dinglichen Wirksamkeit des Grundbucheintrages; Geschäfte über Eigentum sowohl als auch über Grunddienstbarkeiten, ebenso über alle Arten von Wertrechten[2]. Damit ist zu gleicher Zeit zum Ausdruck gebracht, daß die Ersitzung in allen diesen Beziehungen fast nur noch als Tabularersitzung eine durchgreifende Rolle spielen kann, d. h. nur als Ersitzung mit Hilfe des Grundbuchs. Sie kommt beim Eigentum an Grundstücken nur insofern in Betracht, als jemand im Grundbuch eingetragen ist und besitzt: hier kann die Ersitzung zum Eigentum führen, wenn der Eintrag im Grundbuch noch nicht dazu geführt hat; und ebenso kann umgekehrt die Löschung eines Rechtes im Grundbuche, sofern sie nicht schon das Recht zum Erlöschen bringt, dadurch seine Zerstörung bewirken, daß der Zustand des Nichtvorhandenseins eine bestimmte Zeit lang fortdauert. In der Tat findet in beiden Fällen eine Art Ersitzung bzw. Versitzung, also eine Tabularersitzung und Tabularversitzung statt (§§ 900, 901 BGB.). Außerdem gibt es bezüglich des Eigentums nur noch eine Ersitzung mit Hilfe des Aufgebotsverfahrens nach § 927: der Besitzer eines Grundstückes, auf welches niemand als Eigentümer eingetragen oder dessen eingetragener Eigentümer gestorben oder verschollen ist, kann nach 30 Jahren ein Aufgebotsverfahren betreiben mit der Wirkung, daß, wer sich nicht meldet, ausgeschlossen wird; außerdem gilt bei Grunddienstbarkeiten ein usucapio libertatis, wenn eine die Grunddienstbarkeit beeinträchtigende oder ausschließende Anlage 30 Jahre lang bestanden hat (dies gilt ohne Rücksicht auf den Grundbucheintrag), § 1028 BGB. Im übrigen kann auch die Dereliktion des Eigentums an Grundstücken nicht durch Besitzaufgabe stattfinden, sondern nur durch Erklärung zum Grundbuch, § 928 BGB.[3]. Über diese Dereliktion ist zu bemerken

1. Das Eigentum geht unter, es besteht nicht ein Eigentum ohne Eigentümer (vollständig irrig die Hellwigsche Theorie); aber allerdings es besteht eine stillschweigende juristische Person für alle die Sachen betreffenden rechtlichen Operationen (ähnlich wie bei dem nasciturus und bei dem künftigen Nacherben); z. B. wenn eine Servitutenklage erhoben werden soll. Vgl. S. 168.

2. Die Rechte Dritter bleiben bestehen.

3. Auch die dem Eigentümer neben dem Eigentum zustehenden Rechte, z. B. ein Grunddienstbarkeitsrecht, bleiben bestehen; auch eine Grundschuld des Eigentümers, jedoch nicht als

[1] Ähnlich Schweizer GB. §§ 959, 961. Die Vormerkung gibt eine actio in rem scripta; sie ist grundsätzlich von der Hypothek verschieden; wird daher auf die Vormerkung verzichtet, so wird das Grundstück einfach davon frei, und ein der Eigentümerhypothek entsprechendes Recht des Grundeigentümers tritt nicht ein; vgl. §§ 886, 1169 BGB., Kammergericht 11. Juli 1902, Mugdan V S. 390. Der unbekannte Vormerkungsberechtigte kann kraft Aufgebots ausgeschlossen werden, § 887 BGB. Die Vormerkung ist auch besonders bedeutsam für die Sicherung des Wiederkaufsrechts, Kammergericht 15. Juni 1908 Entsch. f. Gerichtsb. IX S. 263. Vgl. auch über Vormerkung Philipson, Die Vormerkung (1903) S. 50 f., und unten S. 46.

[2] Man spricht hier von Publizitätsprinzip. Daß dieses natürlich stets nur eine relative, keine absolute Sicherheit herbeiführen kann, ist selbstverständlich und habe ich niemals verkannt, sondern in meinen 12 Studien II S. 40 deutlich ausgesprochen. Wenn Herbert Meyer, Publizitätsprinzip (1909 S. 96) aus meinen Ausführungen das Gegenteil herausliest, so ist dies sein eigenes Ungemach: mich trifft keine Schuld.

[3] Über diesen durchaus nicht seltenen Fall und die daran sich anschließenden Fragen, insbesondere auch §§ 58, 787 ZPO., vgl. Bendix, Arch. f. b. R. XXXII S. 155 f. und Leonhard ebenda XXXV S. 369 f.

Grundschuld des bisherigen Eigentümers (er müßte sie denn für sich zurückbehalten), sondern als Grundschuld, die dem jeweiligen künftigen Eigentümer zustehen wird.

§ 33. Die Grundbücher sind entweder bereits durch das bisherige Recht gegeben, so insbesondere, soweit in Preußen das Eigentumserwerbsgesetz vom 5. Mai 1872 galt: hier machte sich die Überleitung von selbst. Größere Schwierigkeiten sind zu überwinden, wenn, wie in Elsaß-Lothringen, die Grundbücher erst einzuführen sind: hier pflegt man von dem Aufgebotsverfahren einen ausgiebigen Gebrauch zu machen und auf diese Weise die Basis für ein Grundbuch mit Bezeichnung der gegenwärtigen Eigentümer zu gewinnen.

Für die Behandlung der Grundbücher und der Grundbuchgeschäfte ist die Grundbuchordnung vom 24. März 1897 (20. August 1898) maßgebend. Die Grundbücher werden von den Grundbuchämtern geführt; in Preußen sind es die Amtsgerichte, in manchen Ländern Gemeindebehörden. Sie werden nach Realfolien geführt: jedes Grundstück hat sein Grundbuchblatt. Gewöhnlich zerfällt das Grundbuchblatt in mehrere Abteilungen, eine Abteilung für Eigentum, eine für die Grunddienstbarkeit und eine für die Hypothek [1]. Die Eintragungen geschehen regelmäßig nur auf Antrag, und es ist meist Bewilligung des Betroffenen erforderlich [2]; doch können, im Falle nachgewiesener Unrichtigkeit, Ausnahmen stattfinden. Die Erklärungen müssen öffentlich oder öffentlich beglaubigt, die Nachweise durch öffentliche Urkunden geführt sein (§§ 22, 29 GrundbO.).

Gewisse Grundstücke, Grundstücke des Fiskus, Grundstücke öffentlicher juristischer Personen, öffentliche Wege, Gewässer, Grundstücke des öffentlichen Verkehrs, Grundstücke von Landesherren und ähnliche sind regelmäßig dem Grundbuch entzogen, weshalb auch Grunddienstbarkeiten, die an öffentlichen Wegen bestehen, z. B. das Recht der Leitung von Gasröhren oder elektrischen Anlagen, ohne Grundbuch erworben werden. Für die Art der Erwerbung sind die Landesgesetze bestimmend (Art. 127, 128 EG. z. BGB.); vgl. z. B. preuß. AusfG. zum BGB. Art. 27, bayrisches AusfG. Art. 83 ff. [3].

Soweit das Grundbuch besteht, sind also die bürgerlichen Rechtsgeschäfte, welche einen Erwerb oder Verlust dinglicher Rechte an Grundstücken bewirken, im allgemeinen einzutragen, nachdem eine Einigung über den Erwerbsakt erfolgt ist, § 873, welche Einigung, wenn es sich um Eigentumsübertragung handelt, in Form der Auflassung zu erfolgen hat, § 925, d. h. durch Erklärung beim Grundbuchamt unter gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile. Die Einigung ist ein Formalakt, bei welchem die Causa (das vorhergehende Geschäft) nicht in Betracht kommt [4]. Zur Aufhebung eines dinglichen Rechts genügt die einseitige Erklärung des Aufgebenden und der Löschungsvermerk im Grundbuch, § 875 BGB. Ausnahmsweise gibt es allerdings Rechtsvorgänge, welche ohne Eintragung eine Änderung der dinglichen Verhältnisse bewirken, so insbesondere Erbgang und Ehegemeinschaft, Zuschlag bei der Zwangsvollstreckung (§ 90 ZwangsVG.), Enteignung (z. B. § 44 preuß. EnteignG.). In diesen Fällen hat der Berechtigte die Befugnis, die Eintragung zu verlangen, aber die Eintragung hat hier nicht erwerbende, sondern nur bestätigende Bedeutung [5]. Bedeutsam ist sie allerdings, teils wegen des § 892, von dem alsbald zu sprechen

[1] Preuß. MinisterialO. v. 20. November 1899 § 5: Jedes Blatt besteht aus der Aufschrift, dem Bestandsverzeichnis und drei Abteilungen (Eigentümer, Belastungen, Hypotheken), § 10 ff. Vgl. auch Schweiz. GB. § 946 (Eigentum, Dienstbarkeiten, Pfandrechte).

[2] Nach § 27 GrundbO. kann eine Hypothek, auch wenn der Hypothekenberechtigte zustimmt, nur mit Zustimmung des Eigentümers gelöscht werden. Dies ist zutreffend, weil der Eigentümer durch die Löschung mit betroffen wird; denn wenn der Hypothekar die Hypothek aufgibt, so wird sie zur Eigentümerhypothek: es bedarf daher der Zustimmung des Eigentümers, wenn statt dessen das Erlöschen der Hypothek eintreten soll (vgl. §§ 1179, 1183 BGB.). Diese Erwägung trifft bei der Gesamthypothek nicht zu, da der Verzicht auf die Hypothek an einem der mit ihr belasteten Grundstücke nicht das Entstehen einer Eigentümerhypothek, sondern das Erlöschen der Hypothek bewirkt (§ 1175). Gleichwohl nimmt das Kammergericht (bei Mugdan III S. 225, IV S. 318) an, daß gemäß § 27 GrundbO. auch hier die Zustimmung des Grundstückseigentümers zur Löschung nötig ist.

[3] Ähnlich § 944 Schweiz. GB. Über derartige Geschäfte, namentlich mit Gasanstalten, vgl. meinen Aufsatz in Z. f. bürgerl. und französisches Recht XXXII S. 47 f.

[4] Daher kommt auch nur nach dieser Richtung hin die Geschäftsfähigkeit in Betracht: der geschäftsbeschränkte Erwerber bedarf keiner Genehmigung, da der Erwerb an sich nur bereichernd ist, Bayer. Oberst. LG. 23. Oktober 1908 Mugdan XVIII S. 212.

[5] So auch Schweiz. GB. §§ 656, 665.

sein wird, teils auch aus anderen Gründen; z. B. kann eine Zwangsvollstreckung nur gegen einen solchen ergehen, der (oder dessen Erblasser) als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen ist (§ 17 ZVG.); umgekehrt ergeht sie rechtsgültig gegen jeden als Eigentümer eingetragenen (§ 1148 BGB.); und ebenso kann nach § 40 GrundbO. jemand nur dann eine Änderung oder Übertragung seines Rechts im Grundbuch eintragen lassen, wenn er selbst eingetragen ist.

Die Einträge im Grundbuch unterliegen einer bestimmten Rangordnung. Die Rangordnung richtet sich nach der Reihenfolge der Einträge, die Reihenfolge der Einträge nach der Reihenfolge der Anträge (§§ 17, 18 GrundbO.)[1]. Das gilt nicht nur im Verhältnis von Hypotheken zueinander, sondern auch im Verhältnis von Hypotheken und Grunddienstbarkeiten. Doch kann die Rangordnung unter Zustimmung der Beteiligten geändert werden; nur daß, wenn es sich um Hypotheken und ähnliche Rechte handelt, die Zustimmung des Eigentümers erforderlich ist (§§ 879, 880): denn der Eigentümer ist aus den S. 45, 63 entwickelten Gründen beteiligt, weil möglicherweise die Hypothek zur Eigentümerhypothek wird; daher ist ihr Rang auch für ihn von Bedeutung. Im übrigen ist eine solche Änderung der Rangordnung möglich nicht nur zur Bevorzugung eines eingetragenen, sondern auch eines erst einzutragenden Postens[2].

Von höchster Wichtigkeit aber ist dasjenige, was man öffentlichen Glauben des Grundbuches nennt. Es gelten nämlich folgende Grundsätze: 1. Der Eingetragene hat die Rechtsvermutung für sich, daß er dem Eintrag entsprechend berechtigt ist[3]. 2. Wer im Gefolge des Grundbuchblattes durch ein Rechtsgeschäft des Zivilrechtes ein dingliches Recht erwirbt, der erwirbt es so, wie er es erwürbe, wenn das Grundbuch richtig wäre, vorausgesetzt, daß er in gutem Glauben ist, d. h. die Unrichtigkeit des Grundbuchs nicht kennt. Natürlich ist das Grundbuch nicht immer richtig, denn einerseits ist alles Menschliche der Irrung unterworfen, anderseits gibt es eine Menge von Vorgängen, die ohne das Grundbuch wirken, wodurch die alte Eintragung unrichtig wird: allem dem gegenüber schlägt der gute Glaube des Erwerbers durch, der auf das Grundbuch vertraut und den Eingetragenen für den Eigentümer erachtet, § 892 [4]. Dies gilt auch für die im Grundbuch

---

[1] Für den Fall, daß einer Eintragung ein Hindernis entgegensteht, kann dem Antragsteller eine Frist gewährt werden, um das Hindernis zu beseitigen. Wird unterdessen ein neuer Antrag gestellt, so ist von Amts wegen das noch unentwickelte Recht des ersten durch Vormerkung oder Widerspruch zu sichern, § 18 GrundbO. In der Schweiz kann hier eine vorläufige Eintragung stattfinden, Schweiz. GB. a. 966.

[2] RG. 2. Oktober 1908 Entsch. 69 S. 327. Viele Institute geben nur Kredit, wenn ihnen zuvor der Vorrang eingeräumt ist. Der Rangvorzug gebührt der Vorranghypothek, aber auch der Eigentümerhypothek, die nach deren Erlöschen eintritt, so daß also der Eigentümer eine andere Hypothek in den Vorrang einschieben kann, Kammergericht 10. Oktober 1910 Entsch. f. G. XI S. 65. Der Rangvorzug kann auch bedingt gewährt werden, z. B., soweit die Baugelder bezahlt sind. RG. 14. Juni 1911 Entsch. 76 S. 374. Hat ein Gläubiger zwei verschieden lozierte Hypotheken, so kann er eine Rangänderung (mit Zustimmung des Eigentümers) vornehmen: seine einseitige Erklärung gilt statt der Einigung, so Kammergericht 9. März 1909 Entsch. 26 A 145 f., auch schon 28. Januar 1901 Entsch. f. Gerichtsb. II S. 50, Oberstes LG. München 19. Juni 1908 ebenda IX S. 266. Übrigens kann bei Bestellung der Hypotheken bereits vorbehalten werden, eine Hypothek mit Vorrang einzutragen, § 881 BGB., auch kann kraft § 877 späterhin einer Hypothek ein solcher Vorbehalt angehängt werden, Kammergericht 8. Mai 1907 Entsch. freiw. G. IX S. 51. Vgl. auch unten S. 64.

[3] Das ist prozessualisch bedeutsam, Enzyklopädie III S. 314.

[4] So auch das Schweiz. GB. a. 973, 974 (nur wird in der Schweiz das Kennensollen dem Kennen gleichgestellt); hier ist auch richtig hervorgehoben, daß, wer in bösem Glauben durch eine ungerechtfertigte Eintragung einem Berechtigten Schaden zufügt, dafür einstehen muß. Bei uns ergibt sich dies aus §§ 823, 826 BGB. Gilt der Grundsatz des § 892 auch für die Vormerkung (oben S. 44), so daß, wer auf Grund einer Vormerkung einen Anspruch erwirbt, dadurch gedeckt ist, sofern er ihn in gutem Glauben erworben hat — natürlich vorausgesetzt, daß die Eintragung auf Einigung, nicht auf einstweiliger Verfügung beruht? Es ist kein Grund vorhanden, das Publizitätsprinzip einzuengen; vgl. den allerdings recht unklaren § 893 BGB. Doch ist zu bemerken: 1. Der Gläubiger erwirbt durch die Vormerkung auch gegen den Dritten nicht mehr Rechte als gegen seinen Schuldner; der Dritte kann ihm also alle Einwendungen entgegenhalten: natürlich, denn die Gültigkeit und Wirksamkeit des Anspruchs wird durch das Grundbuch nicht gedeckt; auch nicht die Wirksamkeit einer der Vormerkung zugrunde liegenden einstweiligen Verfügung. RG. 5. Februar 1913 Entsch. 81 S. 288. Vgl. Bonhartz, Wirkungen der Vormerkung (1904), S. 73. 2. Ebensowenig wird, wenn der Vormerkungsanspruch des A. an B. zediert worden ist, die Zession durch das Grundbuch gedeckt, denn das Grundbuch hat nur die Überleitung des obligatio simplex in eine obligatio in rem scripta mit seinem Schutze zu umgeben, nicht aber die Umstände, welche die Entstehung des Anspruchs bedingen, Reichel, Umschreibung der Vormerkung, S. 8 f.

bezeichnete Katasterfläche[1]. 3. Hat einmal ein gutgläubiger Erwerber auf solche Weise das Eigentum erworben, so setzt er auf den weiteren Erwerber das Eigentum über, auch wenn dieser den Sachverhalt kennt; denn da er vom Eigentümer erwirbt, so ist er in gutem Glauben[2].

Um dieser schlimmen Folge zu entgehen, kann der wahrhaft Berechtigte die Richtigstellung des Eintrages begehren; er kann aber auch, weil ihm in der Zwischenzeit durch Eintragung manches Unheil zustoßen könnte, kraft einer einstweiligen Verfügung einen Widerspruch eintragen lassen, und dieser Widerspruch hat die Bedeutung, daß nunmehr ein gutgläubiger Erwerb in dem oben erwähnten Sinne nicht mehr möglich ist. Vgl. §§ 894, 899, 902 BGB.

Eine eigenartige Aufhebung dinglicher Rechte an Grundstücken kennen manche Landesgesetze, namentlich auch das preußische Recht: es ist das Erlöschen kraft eines sog. Unschädlichkeitszeugnisses. Nicht selten nämlich werden von einem größeren Grundstück Parzellen abgetrennt und dafür irgendein Ersatz gegeben. Diese abgetrennten Parzellen sind vielfach mit irgendwelchen dinglichen Belastungen, auch mit Lehen oder fideikommissarischer Verfangenheit belegt und würden darum dem anderen Grundstück nur mit einer schweren Bürde zuwachsen. In einem solchen Falle kann von der zuständigen Behörde ausgesprochen werden, daß der Ersatz, der für das abgetrennte Stück geschaffen wird, ein vollgenügender ist, so daß ein solcher Austausch dem dinglich Berechtigten keinen Schaden bringt: auf Grund dessen kann dann das dingliche Recht gelöscht werden. Dies ist das sog. Unschädlichkeitszeugnis, wie es sich z. B. in Preußen in Gesetzen vom 3. März 1850, 27. Juni 1860, 15. Juli 1890 findet und nunmehr auch im preußischen Ausführungsgesetz zur Grundbuchordnung, Artikel 20, näher geregelt ist; denn das Einführungsgesetz zum BGB., Art. 120, läßt solches zu. Vgl. auch Preuß. AusfG. zum BGB. Art. 19. Eine allgemeine Bestimmung hat das Schweizer GB. a. 811: hiernach kann der Hypothekengläubiger die Entlassung eines kleinen Stückes (Wert: $^1/_{20}$ der Hypothek) nicht versagen, wenn er anderwärts genügend gedeckt wird.

2. Substanzrechte.

a) Eigentum.

α) Grundstückseigentum.

§ 34. Zu den Benutzungsbefugnissen des Grundeigentums gehört auch das Recht, ein Grundstück mit einem Gebäude zu bebauen; dies ist eine an gewisse Bedingungen geknüpfte Befugnis, welche, wenn die Bedingungen erfüllt sind, zum wohlerworbenen Recht wird. Die Bedingungen werden gegeben durch den von dem Straßenpflegeamt festzusetzenden Baufluchtplan.

Ist der Baufluchtplan festgestellt, so hat der einzelne Grundeigentümer ein wohlerworbenes Recht zum Bauen, so daß er, wenn nachträglich die Bauflucht geändert wird, Schadenersatz verlangen kann[3].

Noch mehr natürlich muß ein sicheres Recht vorhanden sein, nachdem nicht nur die Bauflucht festgesetzt, sondern auch bereits gebaut ist. Wenn daher der Eigentümer nachträglich durch Veränderung der Straße, insbesondere auch durch Höher- oder Niederlegung zu baulichen Veränderungen genötigt oder sonst in der Benutzung seines Baues direkt beeinträchtigt wird, so ist er gleichermaßen zur Entschädigung berechtigt[4].

[1] RG. 12. Februar 1910 Entsch. 73 S. 125 (vollständiger im Preuß. Justizministerialbl. v. 14. Oktober 1910 und in der Verbandszeitschr. Preuß. Landesvermesservereine 1910 S. 287).

[2] OLG. Karlsruhe 6. Juni 1913 Bad. Rechtsprax. 1914 S. 21.

[3] Preuß. Straßenfluchtgesetz 2. Juli 1875 § 13 Z. 3 und dazu RG. 14. April 1888 Entsch. 21 S. 212, 27. März 1889 23 S. 283, 8. Juli 1891 28 S. 275, 5. November 1898 42 S. 287.

[4] RG. 7. März 1882 Entsch. 7 S. 213, 13. Februar 1883 Entsch. 10 S. 271, 18. April 1899 Entsch. 44 S. 282 und die dort Zitierten, ferner 9. Februar 1912 Entsch. 78 S. 340, auch die französische Literatur und Rechtsprechung. Auch gesetzliche Bestimmungen bestehen in dieser Richtung. So sagt Art. 18 des badischen Ortsstraßengesetzes v. 11. März 1868 ausdrücklich: „Wird die Höhe einer Ortsstraße verändert, so haben die Gemeinden bzw. die zur Herstellung der Straße Verpflichteten die dadurch nötig werdenden Veränderungen an den Zufahrten und Zugängen der anstoßenden Liegenschaften, soweit diese letzteren durch diese Veränderung nicht einen höheren Wert

Die Entschädigung ist in beiden Fällen Wertminderungsersatz.

Die Art des Baues ist aber außerdem der Bauordnung unterworfen, bei welcher die allgemeine und individuelle Sicherheit, die Hygiene, die Verkehrsförderlichkeit, auch die Straßenästhetik zur Geltung kommt[1]. Wünschenswert ist es, daß hier ein verwaltungsgerichtlicher Austrag gewährt werden möge, wenn zwischen Eigentümer und Baubehörde Differenzen bestehen. Allerdings wird es vielfach der Gemeinde gestattet, Ausnahmen vom Bauverbot zu machen, wogegen sich die Gemeinde Vermögensvorteile auszubedingen pflegt[2]. Für gewerbliche Anlagen und Einrichtungen gelten nach der GewO. § 16 f., § 26 besondere Bestimmungen.

§ 35. Das Eigentum, namentlich das Grundeigentum, unterliegt vielen sog. Eigentumsschranken, d. h. die dem Einzelnen kraft des Eigentums gegebene Willkür der Sachbenutzung stößt sich an den sozialen Erfordernissen des Rechts und der Wirtschaft: sie findet daher ihre Begrenzung und Regel[3].

Zu den notwendigen Beschränkungen des Eigentums gehört die Statthaftigkeit der Enteignung, welche man früher Expropriation nannte. Sie hat sich im Mittelalter entwickelt aus dem Dominium eminens des Kaisers und der Landesherren, und insbesondere war hier eine Stelle bedeutsam, die l. 9 de lege Rhod. de jactu 14, 2, wo der Kaiser sagt: ego sum dominus mundi[4]. Dazu kamen die Stadtrechte[5]; später haben Berggesetze die Notwendigkeit der Enteignung klargelegt, und das 18. und das 19. Jahrhundert haben eine Reihe von Expropriationsbestimmungen geschaffen, wobei gewöhnlich sogar verfassungsmäßig ausgesprochen wird (z. B. in der preußischen Verfassung Art. 9), daß nur gegen vollständige Entschädigung enteignet werden darf. Außer einer Menge von Einzelgesetzen, worin von Enteignung die Rede ist, gelten in vielen Ländern Gesetze über die Enteignung im allgemeinen, so das preußische vom 11. Juni 1874, das bayrische vom 17. November 1837, das badische vom 28. August 1835 usw. Die Grundgedanken dieser Gesetze sind: der Staat hat die Befugnis, das Eigentum zu nehmen oder zu zerstören, um eine Sache zu beseitigen, die dem öffentlichen Wohl widerspricht, oder um einen sachlichen Zustand herbeizuführen, der das öffentliche Wohl fördert, aber so, daß er an Stelle der Sache den Geldwert treten läßt. Das Interesse muß ein sachliches sein, vor allem, wenn es sich um wichtige neue Einrichtungen, besonders Verkehrsanlagen handelt; der Eisenbahnbau kam hier vor allem in Frage. Die Entschädigung ergibt sich aus dem Gedanken: An Stelle der Sache tritt der Wert, den man durch die Sache dem Eigner entzieht; die Frage über die Höhe der Entschädigung ist daher eine dem bürgerlichen Rechte angehörige, durch die bürgerlichen Gerichte zu entscheidende Frage; es ist die Frage: welcher Wert ist an Stelle der Sache getreten. Die Entschädigung soll eine vollständige sein; wenn insbesondere, wie häufig, der Teil eines Grund-

erhalten haben, auf ihre Kosten herzustellen und bei Gebäuden außerdem für eine etwa eingetretene Wertsverminderung Entschädigung zu leisten." Dies bezieht sich aber nur auf die Benutzung der Sache als Sache, nicht auf ihr Erträgnis; also keine Entschädigung, wenn durch Verlegung des Hauptweges eine Gastwirtschaft Not leidet; so auch OLG. Hamm und RG. (Entscheidung von 1913), angeführt im Berliner Tageblatt vom 4. Juni 1913. Auch im übrigen bedarf es der Diskretion. Der Hauseigentümer kann sich nicht beschweren, wenn die Ladenfenster nicht mehr von allen Seiten sichtbar sind usw. Vgl. RG. 23. November 1905 Entsch. 62 S. 87.

[1] In Preußen gilt noch das LR. I 8 §§ 65 ff.; sodann bestehen Baugesetze in den verschiedensten Ländern. Vgl. darüber meine Abhandlung im Arch. f. b. R. IX S. 80 f. Schon das Mittelalter kannte systematische Bauordnungen; so Vicenza, 1426 IV 59.

[2] Über solche Verträge vgl. Dierschke und Hedemann, Arch. f. b. R. XXVII S. 134.

[3] Nicht zu sprechen ist hier von der fideikommissarischen Bindung des Bodens; gerade gegenwärtig ist ein neues Preuß. Gesetz über Fideikommisse im Werk. In Preußen ist ein starker Teil des Bodens gebunden, einen erheblichen Prozentsatz bilden die Waldfideikommisse; vgl. Krause, Waldfideikommisse (1909).

[4] So die lateinische Übersetzung der Vulgata; die Stelle selbst ist griechisch.

[5] So sagen die Statuten von Chianciano von 1287 Art. 292 (Ed. Fumi p. 142): Quicunque habet aliquam possessionem infra bannitas comunis Clanziani, teneatur ipsam comuni vendere ad existimationem duorum massariorum super hoc per potestatem et consilium generale positorum, et qui nollet vendere, conpellatur personaliter ad vendendum. Florenz 1415 III 93 bestimmt, daß, wer in einem castrum eine fortalitia hat, sie pro precio quod videbitur sex officialibus popularibus an die Stadt veräußern muß. Expropriationen für Wege und öffentliche Bauten verordnen die Päpste, so Sixtus IV. 30. Juni 1480, so Gregor XIII. 1. Oktober 1574 (Bullarum Ed. Taurin, V p. 273 f., VIII p. 89).

stückes weggenommen wird, so muß berücksichtigt werden, daß auch der andere Teil an Wert verliert oder vielleicht ganz wertlos wird. Nicht zu berücksichtigen ist die durch das Unternehmen selber herbeigeführte allgemeine Steigerung des Wertes der Grundstücke; nicht zu berücksichtigen ist der Wertzuwachs, der bei teilweiser Enteignung dem übrig gebliebenen Teil durch die Unternehmung speziell zukommt; denn der Schaden erwächst durch die Enteignung und nicht durch die Unternehmung, wegen welcher die Enteignung stattfindet, und es besteht daher zwischen Schaden einerseits und Werterhöhung anderseits nicht der nötige Zusammenhang. Daher ist die Werterhöhung, die dadurch eintritt, daß z. B. eine Eisenbahn in die Nähe kommt, nicht eine mit der Enteignung, sondern eine mit dieser ganz verschiedenen Tatsache zusammenhängende Werterhöhung, und wenn darum die eine Hälfte des Grundstückes wegen Eisenbahnbaues enteignet ist, so kann nicht angerechnet werden, was das übrige Stück durch die Eisenbahnanlage an Wert gewinnt. Über die Einzelheiten, namentlich über den Betrag der Entschädigung sind Vereinbarungen des bürgerlichen Rechts zulässig [1].

Die Enteignung im obigen Sinne, aber auch nur im obigen Sinne, ist in Art. 109 BGB. den Einzelstaaten überlassen [2].

Sonderbestimmungen enthalten, wie andere Reichsgesetze, so namentlich das Rayongesetz vom 21. Dezember 1871 über die Umgebung von Festungen: hier erfolgt die Enteignung nicht durch Wegnahme des Eigentums, sondern durch Belastung des Bodens, indem die Grundstücke in einer bestimmten Entfernung (Rayons) von der Festung nicht oder nur in beschränktem Maße bebaut werden dürfen: es werden drei Rayons unterschieden mit Belastungen von verschiedener Energie, je nach der größeren oder geringeren Nähe der Festung. Die Entschädigung besteht in einer Rente, doch kann der Berechtigte bei starker Wertverminderung auch den Gesamtersatz durch ein Kapital begehren, § 36. Andere derartige Entschädigungen für Wegnahme oder Zerstörung auf Grund des öffentlichen Wohles verordnet beispielsweise das Rinderpestgesetz vom 7. April 1869 § 3, die Viehseuchengesetze von 1880 und 1894, an deren Stelle jetzt das Gesetz vom 26. Juni 1909 getreten ist (vgl. hier §§ 66 ff.), das Reblausgesetz vom 3. Juli 1883, das Gesetz über die Bekämpfung gemeingefährlicher Krankheiten vom 30. Juni 1900 §§ 29 ff. [3].

Besondere Beschränkungen des Grundeigentums sind erforderlich für die Waldkultur. Daß die Wälder in bestimmtem Bestand erhalten werden, ist für die klimatischen Verhältnisse und namentlich zur Vermeidung von Überschwemmungen eine unbedingte Notwendigkeit; und es ist um so dringender notwendig, in dieser Beziehung einzuschreiten, als die Abholzung der Wälder — wenigstens augenblicklich — meist große Vorteile bringt, weshalb vielfach ein Anreiz dazu besteht, so daß die eine Generation häufig alle künftigen in empfindlicher Weise schädigt. Der Schutz der Waldungen ist der Landesgesetzgebung anheimgestellt. In Preußen gibt es ein Gesetz vom 6. Juli 1875, sodann Gesetze über Gemeindewaldungen, und endlich die Bestimmung, daß Waldgenossenschaften gegründet werden können, in der Art, daß eine Mehrheit der Beteiligten die Minderheit bei gemeinsamen Maßnahmen überstimmen kann.

Dieses letztere System ist auch noch in anderer Weise zur Anwendung gekommen, nämlich im Verkoppelungs- und Arrondierungsverfahren.

Im Laufe der Zeit, namentlich bei Erbteilungen, wurde oftmals der Boden in sachwidriger Weise zerlegt, so daß viele Grundstücke unzweckmäßig gestaltet waren, andere seitab von der öffentlichen Straße lagen. Wie man früher, solange Grund und Boden gemein war, von Zeit zu Zeit durch Neuverteilungen abgeholfen hat, so hat man im 19. Jahrhundert, als der Boden längst Privateigentum geworden war, Verteilungsgesetze gegeben: wenn die Grundeigentümer einer bestimmten Gemeinde mit der bestimmten Mehrheit eine Neuverteilung beschließen, so soll alles zusammengeworfen werden und eine Neuverteilung erfolgen, so daß gleichwertige Stücke an Stelle der bisherigen treten. Derartige Gesetze sind z. B. preußisches Gesetz vom 2. April 1872,

[1] Vgl. Otto Fischer, Expropriationsverträge (1910), S. 34 f.

[2] Die den Landesgesetzen gewährte Enteignungsgesetzgebung muß sich in den Schranken der Enteignung wegen objektiven sachlichen Interesses bewegen; es wäre daher einem Einzelstaat nicht gestattet, zu bestimmen, daß etwa die Juden oder die Katholiken enteignet würden, auch wenn der Staat eine solche Besitzverschiebung für vorteilhaft erachtete.

[3] RG. 9. März 1905 Entsch. 60 S. 256.

für das Rheinland vom 24. Mai 1885, bayrisches Arrondierungsgesetz vom 10. November 1861. Rechtsgesetzlich sind solche Bestimmungen gestattet durch Art. 113 BGB.

Eine wichtige Eigentumsbeschränkung besteht darin, daß Altertümer und Kunstwerke von historischem Werte der Menschheit erhalten werden müssen. Daher gilt schon seit alter Zeit die Bestimmung, daß der Eigentümer derartiger Gegenstände sie der Kultur nicht entziehen darf. Wichtige Gesetze der Art haben seinerzeit die Päpste gegeben, von Papst Paul II. im Jahre 1462 bis zu dem berühmten editto Pacca vom Jahre 1820, und ebenso bestehen neuzeitliche Gesetze in den verschiedenen Kulturstaaten, beispielsweise in Frankreich vom Jahre 1887, und eine Reihe von Verordnungen und Verfügungen in deutschen Staaten [1]. Der Grundgedanke ist ein vollkommen vernünftiger und gesunder. Schönheiten, welche der Menschengeist geschaffen, dürfen der Menschheit nicht entrissen werden: die Interessen der Allgemeinheit müssen hier über das Recht des Einzelnen obsiegen. Daß frühere Zeiten hier nicht fester eingeschritten sind, ist die Ursache, daß uns so unendlich viel Bedeutendes verloren gegangen ist. Merkwürdig ist, daß man in alten Zeiten nicht nur den Verderb der Altertümer teilnahmslos mit angesehen, sondern ihn bilderstürmend selbst gefördert hat. Dies geschah nicht nur in der Türkei, sondern selbst im Lande Italien [2]. Notwendig wären auch Bestimmungen in der Art, daß ein Eigentümer derartiger Gegenstände nicht berechtigt wäre, sie vollständig einzuschließen und dem kunstsinnigen Publikum zu verbergen. In dieser Beziehung fehlt es noch durchaus an den energischen Normen, und es war vor Jahren ein jämmerliches Schauspiel, als die Farnesina jahrelang der Menschheit entzogen war und die Rechtsordnung kein Mittel hatte, dies zu verhüten [3].

Auch für Naturschönheiten hat die neuere Gesetzgebung Bestimmungen getroffen, wonach es verboten werden kann, landschaftlich hervorragende Gegenden durch Reklameschilder und Ähnliches zu verunzieren, so Preuß. Ges. vom 2. Juni 1902, so lübische Bauordnung 1903 u. a. [4].

§ 36. Eigentum und Nachbareigentum wollen sich gleichmäßig entwickeln; die vielen Kollisionen müssen dadurch vermieden werden, daß jeder dem anderen Zugeständnisse macht, denn es ist nur eine Erde, die uns alle umschließt. Die Gesamtheit dieser Konzessionen bildet das Nachbarrecht; es ist im BGB. nur sehr unvollständig entwickelt und läßt in vieler Beziehung der Landesgesetzgebung Raum. Doch gibt es einige Bestimmungen, welche eine Regelung der nachbarlichen Beziehungen enthalten, so insbesondere das Verbot der übermäßigen Immissionen von „Gasen, Dämpfen, Gerüchen, Rauch, Ruß, Wärme, Geräusch, Erschütterungen", § 906 [5], sodann das Verbot der Vertiefung der Erde in zu großer Nähe des Nachbargrundstücks (§ 909 BGB.); dieses Verbot ergibt sich von selber, denn jeder Grundeigentümer nimmt teil an dem gemeinsamen Erdboden und jeder muß darum eine Behandlung des Erdbodens unterlassen, welche diesem den nötigen Halt und die nötige Stütze nimmt: die Zusammengehörigkeit des Erdbodens trotz der Getrenntheit des Eigentums tritt hier mit großer Kraft hervor [6].

[1] So Hessisches Denkmalsschutzgesetz vom 16. Juni 1902, so Preuß. Ausgrabungsgesetz 26. März 1914.

[2] Allerdings waren die alten Bauten oft lebensgefährlich. Interessant aber ist es doch, daß eine Verordnung von Berengar von 895 (in Valerini, Belezze di Verona 1586, p. 24) bestimmt, daß jeder das Recht habe, ein baufälliges Werk niederzulegen: ubicumque edificium aliquod publicum parti pertinens minatur ruinam aut alicui videtur, ut in ruinam ejusdem quomodocunque sit damnum futurum, liceat eis . . . . absque ulla publicae partis ofensione ipsum edificium usque ad firmum evertere . . . . Natürlich galt nun alles als baufällig, und von den Quadern der Arena wurde der ganze Brà rings ausgebaut.

[3] Vgl. Arch. f. bürgerl. R. IX S. 56 f. und Juristenzeitung 1904 S. 771, Wieland, Denkmal- und Heimatschutz (1905, Baseler Programm), S. 11 f.; Hartung, Denkmalspflege mit spezieller Berücksichtigung Bayerns (1906), S. 53 f.; Giesker, Der rechtliche Heimatschutz in der Schweiz (1910), S. 131 f., 183 f. Weiteres in der Zeitschrift Denkmalspflege und bei Bredt, Denkmalpflege (1904), S. 20 f., 42 f.

[4] Vgl. auch Wieland a. a. O. S. 47; sodann mein Werk über den unlauteren Wettbewerb S. 155.

[5] Hierbei ist auf Ortsgebrauch und Bestimmung der Gebäude Rücksicht zu nehmen; so, wenn es sich um eine Villengegend handelt; vgl. RG. 20. Februar 1909 Entsch. 70 S. 311. Trefflich sagt daher auch das Schweizer GB. a. 684: alle schädlichen und nach Lage und Beschaffenheit der Grundstücke oder nach Ortsgebrauch nicht gerechtfertigten Einwirkungen.

[6] Man darf durch einen Bau nicht das Erdreich in „Bewegung bringen", Schweizer GB. a. 685. Außerordentliche Fälle (Wirkung auch über die Straße hinaus); vgl. RG. 15. 12. 1909 Jur. Z. XV 370; 16. 2. 1910 J.W. XXXIX 330.

Von ganz besonderer Bedeutung ist auch das berühmte Institut des Überhangs und Überfalls. Die überhängenden Zweige kann der Eigentümer des Nachbargrundstücks abschneiden und behalten, sofern der Baumeigner sie innerhalb einer gesetzten Frist nicht beseitigt, vorausgesetzt, daß sie nicht in einer Höhe schweben, in welcher sie ihm keine Beeinträchtigung schaffen. Der Nachbar hat hier eine Eigentumserwerbsbefugnis (ähnlich dem Fruchtrecht des gutgläubigen Besitzers), nur daß das Eigentum an den Zweigen erst mit dem Besitzerwerb und nur unter der bezeichneten Bedingung erworben wird (§ 910). Wichtiger noch ist das Recht auf die Früchte, die auf das Nachbargrundstück herüberfallen: mit dem Moment, wo sie das Nachbargrundstück berühren, sind sie Eigentum des Nachbarn; sie sind und bleiben es, sofern sie nicht durch Naturereignisse, wie z. B. durch einen Windstoß, wiederum auf das andere Grundstück herübergetrieben werden, so daß schließlich derjenige Grundeigner, auf dessen Fläche die Früchte aufgefunden werden, Eigentümer der Früchte ist. Der Grundgedanke ist ein allgemein germanischer; er beruht auf dem Satze, daß der Grundeigner von dem Guten und Bösen, was ihm von den Pflanzungen seines Nachbarn zukommt, gleichmäßig betroffen sein soll. Danach ist der § 911 auf den Fall zu beschränken, wenn durch Naturereignisse oder auch durch unerlaubte Handlung eines Dritten die Früchte herübergetrieben werden (Anriß); er kann nicht auch dann gelten, wenn bei der Aberntung der Früchte einzelne Stücke herüberfallen, es müßte denn sein, daß sie von dem Eigentümer des Baumes nicht weiter begehrt, sondern auf dem Nachbargrundstück belassen werden.

Noch viel wichtigere Grundsätze des Nachbarrechts gelten für den Zwischenraum, den man zwischen dem Bau und dem Nachbargute lassen muß, für die Höhe, die ein Bauwerk in der Nähe der Grenze erreichen darf, für die Fenster und andere Lichtanlagen, die man unweit des Nachbargutes anlegen will[1]. Alle diese Nachbarverhältnisse sind in Deutschland noch provinziell sehr verschieden, und man hat Anstand genommen, hier eine gemeinsame Regel zu bilden (Art. 124 EG.). Es gelten daher die Landesgesetze, die eine sehr große Mannigfaltigkeit aufweisen; wo das preußische Landrecht galt, herrscht noch der altväterliche Grundsatz, daß man unter Umständen das Recht hat, von dem Fenster des Erdgeschosses aus den Himmel zu betrachten, also zu verlangen, daß ein Zwischenraum frei bleibt, der die Betrachtung des Himmels ermöglicht![2] – während in den Rheinlanden die viel praktischeren Bestimmungen nach dem Metermaße gelten, die seinerzeit der Code civil eingeführt hat.

Eine Lizenzpflicht des Nachbarrechts liegt darin, daß man unter Umständen den Überbau gestatten, d. h. es gestatten muß, daß ein Bau in das Nachbargebiet hineinragt. Wenn der Überbau ohne Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit erfolgt ist und der Nachbar nicht rechtzeitig Widerspruch eingelegt hat, so kann man verlangen, daß der Überbau bleibt, indem der benachteiligte Nachbar durch eine Überbaurente entschädigt wird[3]; indes kann dieser auch verlangen, daß der Überbauende den Überbauboden gegen entsprechenden Werterſatz übernehme (§§ 912–916 BGB.)[4].

Eine andere Nachbarduldung entspricht dem Gewerberecht: eine nach erfolgtem Verfahren obrigkeitlich genehmigte Anlage kann auf Grund des Nachbarrechts nicht in ihrer Existenz angefochten werden, sondern nur nach der Richtung, daß Anlagen zur Minderung des störenden Einflusses getroffen oder Wertersatz für die übergroße Belästigung geleistet wird, § 26 GewO. Weiteres bestimmen die Eisenbahngesetze, z. B. Preußisches Eisenbahngesetz vom

[1] So schon italienische Statuten, z. B. Ravenna 1590 III 27.

[2] Wenn das Gebäude schon zehn Jahre besteht, hat man das Recht, von den Fenstern des Untergeschosses den Himmel zu betrachten, falls das Zimmer nur von dieser Seite her Licht hat, sonst von den Fenstern des zweiten Stockwerkes; Preuß. LR. I 8 §§ 142, 143.

[3] So schon die Venezianischen Statuten von Enrico Dandolo c. 33 (Besta, Statuti civili di Venezia, p. 149): Si manens aliquis juxta aliquem fecerit aliquod opus petrineum, quod de possessione illius aliquid occupaverit, et ille non proclamaverit coram duce super opus illud infra XXX ab inceptione operis, non poterit amplius proclamare. Zahlreiche deutschrechtliche Bestimmungen bei Martin Wolff, Bau auf fremdem Boden (1908), S. 33 f. So aber auch schon in Aegypten, P. Teb. 488 (Arch. f. Pap. VI p. 49).

[4] Finden die Bestimmungen analoge Anwendung, wenn das Überbaugelände dem Überbauenden gehört, aber mit einer servitus altius non tollendi belastet ist? Das RG. hat dies 11. Dezember 1900 Entsch. 47 S. 356, 360 mit Unrecht verneint.

3. November 1838 § 14, Kleinbahngesetz vom 28. Juli 1892 § 18 über sichernde Anlagen zur Wahrung der Nachbarinteressen [1].

Eine weitere Nachbarlizenz ist die uralte Pflicht zur Gestattung eines Notweges (§§ 917 f. BGB., Schweizer GB. a. 694), sofern ein Grundstück von dem (benutzbaren) öffentlichen Wege abgeschnitten ist [2]. Alles dieses ist altgermanisches Recht [3]. Hierbei wird allerdings manche Beschränkung festgehalten: das Notwegrecht darf nicht durch beliebige Änderung des Grundeigentums herbeigeführt werden, es gilt für die allgemeinen objektiven Zwecke des Grundstücks, nicht für etwaige Sonderzwecke eines bestimmten Besitzers [4]. Das Notwegrecht ist übrigens nicht ein schuldrechtlicher Anspruch auf Begründung einer Dienstbarkeit, sondern eine bereits bestehende, nur eben möglicherweise noch näher zu regelnde Quasidienstbarkeit [5].

Heutzutage ist von großer Bedeutung, daß der Grundeigentümer gehalten ist, die Durchleitung von Röhren sowie die Leitung von Elektrizitätsdrähten sich gegen Entschädigung gefallen zu lassen [6]; von noch größerer Bedeutung ist, daß der Eigentümer den Luftflug über sich gestatten muß, vorausgesetzt, daß er gewisse Diskretionen innehält, § 905 BGB. [7].

Eine besondere Art der Lösung von Eigentumskollisionen bildet das Zutrittsrecht, welches dann entsteht, wenn eine bewegliche Sache auf fremdes Gut hinübergetrieben wird. Eigentum und Besitz an der beweglichen Sache und Eigentum an unbeweglichen Sachen treten hier in bestimmte Kollision, welche dadurch gelöst wird, daß der Besitzer oder Eigentümer der beweglichen Sache das Zutrittsrecht hat, um sie auf der unbeweglichen Sache abzuholen, §§ 867, 962, 1005 BGB. [8].

β) Eigentum an beweglichen Sachen.

§ 37. Bewegliche Sachen können unter ursprünglichem Titel erworben werden durch Aneignung (Okkupation), Fruchtbezug, Verarbeitung, Fund.

1. Bewegliche Sachen, die niemandem gehören, werden durch Aneignung, d. h. durch Besitzergreifung (mit dem Willen des Ergreifenden, die Sache seinem Vermögen zuzufügen) erworben, was man gemeinrechtlich Okkupation nannte. Doch gilt folgende Beschränkung: Steht die Okkupation im Widerspruch mit dem ausschließenden Okkupationsrecht eines anderen, dann wird der Aneignende nicht Eigentümer; aber auch der Okkupationsberechtigte wird hierdurch nicht Eigentümer, sondern die Sache bleibt eigentumslos, und so kann z. B. ein vom Wilderer geschossener Hase eigentumslos bleiben, bis er etwa von einem gutgläubigen Käufer erworben wird: wenn jemand dem Wilderer den Hasen wieder stiehlt, so ist dies kein Diebstahl, sondern nur ein Eingriff in das Okkupationsrecht des Jagdberechtigten, § 958 [9]. Bei unbeweglichen Sachen hat nach dem BGB. nur der Staat das Recht der Okkupation, indem er ein durch Eigentumsverzicht herrenlos gewordenes Grundstück für sich ins Grundbuch eintragen läßt, § 928.

2. Der Fruchtbezug beruht auf dem eigenartigen Charakter der Frucht als eines organisch ablösbaren, zur wirtschaftlichen Selbständigkeit bestimmten Sachproduktes. Aus seiner Eigenschaft folgt:

Die Rechtsordnung strebt dahin, daß die Frucht demjenigen zukommt, dem die Sachwirtschaft zusteht, dem Eigentümer, Nießbraucher, Nutznießer, Pächter, Erbpächter und natürlich auch

---

[1] RG. 14. Dezember 1910 Warneyer Ergänzungen 1911 S. 125.

[2] Ein nicht benutzbarer öffentlicher Weg kommt nicht in Betracht, Zeiler, Seufferts Bl. f. Rechtsanw. **78** S. 97 (unrichtig Endemann, Festschr. f. Gierke, unrichtig OLG. Augsburg 26. April 1911 Z. f. Rechtspfl. in Bayern VIII S. 15).

[3] Vgl. die Stadtrechte Chianciano (1287) Art. 137, Modena (1327 IV 49), Carpi (1353) p. 54, Ravenna (15. Jahrh.) II 14 S. 115 und von 1590 III 26, Gradara (1552) Art. 57 (Collez. Marchigiana III p. 31). Es findet sich aber auch auf ganz anderen Rechtsgebieten, namentlich im Orient; in der Tat, wo kann ein entwickelter Landbau ohne solche Hilfsmittel gedeihen?

[4] RG. 3. Dezember 1912 Entsch. 79 S. 117.

[5] Vgl. C. Nap. a. 682 und hierüber auch Karding, Arch. f. ziv. Prax. **99** S. 408.

[6] Schweiz. GB. a. 691, Schweiz. Ges. 24. 6. 1902 a. 6ff., und die Gesetze in meinem Luftfahrtrecht S. 8 f., Meili, Rechtsstellung der Gemeinden, im Schweiz. Zentralbl. f. Staats- und Gemeindeverwaltung I S. 9 f., 17 f., 25 f.

[7] Vgl. mein Luftfahrtrecht S. 5 f.; RG. 29. Oktober 1904 Entsch. 59 S. 116.

[8] Schweizer ZGB. a. 699, 700.

[9] RG. 23. Januar 1903 Goltd. Arch. **50** S. 132.

dem gutgläubigen Besitzer, § 953 f. Der Erwerb erfolgt unmittelbar mit dem Fruchtwerden, d. h. mit der Fruchttrennung, nicht erst mit der Besitzergreifung, es müßte denn sein, daß der Erwerbstitel nur ein schuldrechtlicher ist, in welchem Falle der unmittelbare Erwerb nur stattfindet, wenn ein verdinglichendes Element hinzukommt, wenn der hiernach Berechtigte (etwa als Pächter) im Besitz der Sache ist.

Früchte sind nicht identisch mit Erträgnissen:

a) sie sind Früchte, auch wenn sie als Raubbaufrüchte über den Ertrag gehen; vorbehaltlich des Ersatzes, § 1039 [1];

b) sie sind auch Früchte, wenn sie aus der Bestellung eines anderen hervorgehen, ebenfalls vorbehaltlich der Entschädigung. Weiter geht das Schweizer GB. a. 756, wonach die Früchte dem Nießbraucher gehören, wenn sie nur während seiner Berechtigung reif geworden sind, also auch wenn der Nießbrauch vor ihrer Trennung erlischt.

3. Wer einen fremden Stoff verarbeitet, indem er ihm durch seine Arbeit eine andere wirtschaftliche Qualität gibt, wird Eigentümer des Erarbeiteten, vorausgesetzt, daß nicht der Wert der Arbeit erheblich geringer ist als der Wert des Stoffes (§ 950). Diese Bearbeitungen finden heutzutage hauptsächlich durch Hilfspersonen statt, also insbesondere durch Fabrikarbeiter: hier muß der Grundsatz gelten, daß, wenn die Verarbeitung stellvertreterisch geschieht, das Eigentum an den Geschäftsherrn fällt. Eine solche stellvertreterische Tätigkeit erfolgt stets dann, wenn Leute in einem Dienstverhältnisse angestellt sind, in welchem sie für den Geschäftsherrn tätig sein müssen [2]. Der Erwerb findet so lange stellvertreterisch statt, bis der Stellvertreter erklärt hat, nicht mehr auf diese Weise tätig sein zu wollen; darin kann allerdings eine Vertragswidrigkeit liegen, und diese kann den Geschäftsherrn zur sofortigen Kündigung und zum Schadenersatz berechtigen (§ 950).

4. Deutschrechtlich ist der Grundsatz: 1. daß dem Finder ein Fundlohn zukommt (so auch im BGB. 5 % bis zu 300 Mk., sonst 1 %) [3], 2. daß der Finder die Sache bergen und zur Anzeige bringen soll [4], dafür aber unter Umständen Eigentümer wird (bei uns nach einem Jahre), § 965 f. Der Eigentumserwerb ist ein gesteigertes Fundrecht.

Verbleibt die Sache ordnungswidrig in den Räumen einer öffentlichen Behörde oder Verkehrsanstalt, so hat diese zunächst die Pflicht der Aufbewahrung, und wer sie hier in die Hand bekommt, hat sie der Behörde abzugeben: Finder ist er nicht. Die Verwahrungspflicht der Behörde aber hat ihre Grenzen, sie hört auf, wenn sich bei öffentlichem Aufgebot niemand meldet. Dann hat die Behörde die Befugnis der Versteigerung: die Befugnis ist das Korrelat der Aufbewahrungspflicht. Die Versteigerung erfolgt im Namen des Staates, der Gemeinde, der Verkehrsanstalt; der verlierende Eigentümer hat eine Kondiktion auf den Erlös in 3 Jahren, § 978 f. [5]. Besondere Grundsätze gelten vom Schatzerwerb, § 984 [6]. Die Regelung im BGB. ist sehr unvollkommen [7].

---

[1] Vgl. auch RG. 16. Oktober 1912 Entsch. 80 S. 229.

[2] Natürlich ist hier das Dienstverhältnis maßgebend, nicht der innere Wille dieser Personen. Dies habe ich schon im Jahre 1878 in meinem älteren Werk über das Patentrecht S. 59 ff. ausgeführt. Jetzt auch Handb. des Patentrechts S. 234, Lehrb. des Patentrechts S. 87 f.

[3] Die Statuten von Pistoja (1296) III 145 haben ein Fundgeld von 10 %.

[4] Man hat daraus geschlossen, daß der Finder nicht Eigenbesitzer, sondern ein Fremdbesitzer sei, der für den Verlierer besitze, während der Verlierer zum mittelbaren Besitzer werde — ganz verkehrt. Der Finder hat keinen anderen Besitzer über sich, und daß sein Besitz mit Pflichten verbunden ist, macht ihn nicht zu einem unselbständigen Besitz; vgl. Przibilla, Jahrb. f. Dogm. **50** S. 365 f.

[5] Diese Bestimmung ist unvollständig; wie wenn in einem Privathaus, in einer Bank Schirme oder Handschuhe zurückbleiben? Das Schweiz. GB. §§ 720, 722 bestimmt, daß auch hier die Sachen dem Hausherrn abzuliefern sind, dem die Aufbewahrungspflicht obliegt, aber f. Z. auch die Sache oder ihr Erlös zukommt. Auch hier ist das Veräußerungsrecht ein Äquivalent für die Aufbewahrungstätigkeit, ebenso der Erwerb des Erlöses. Mit dem Finder- und Fundrecht hat die ganze Sache nichts zu tun. Unrichtig auch der ungarische Entwurf § 439 f.

[6] Wenn ein Arbeiter den Schatz entdeckt, so kommt es darauf an: Handelt es sich um eine Zufallsentdeckung, so ist er der Entdecker; hat aber ein Jemand Arbeiter angestellt, um nach dem Schatz zu graben, so ist der erstere Entdecker, der Arbeiter nur sein Organ; vgl. auch RG. 19. Februar 1909 Entsch. 70 S. 308.

[7] Sie führt zum notwendigen Miteigentum, was zu vermeiden wäre; sie gibt dem Bodeneigner eine Hälfte, wofür kein genügender rechtlicher Grund vorliegt; sie sichert nicht genügend das Schicksal der Altertümer. Sind durch ein Erdbeben (wie in Ischia, Messina, S. Franzisco) Gegenstände massenhaft verschüttet worden, so sind besondere Bestimmungen er-

§ 38. Der abgeleitete Erwerb beweglicher Sachen wird zwar bei uns scheinbar durch das Übertragungs- oder Traditionssystem beherrscht, d. h. durch das System, wonach Eigentum und dingliches Recht nicht durch bloßen Vertrag (Einigung), sondern erst durch die Besitzübergabe erworben werden. Dieser römische Gedanke ist aber im BGB. so sehr durchbrochen, daß schließlich das Gegenteil herauskommt. 1. gilt, wie schon im römischen Recht, der Grundsatz der kurzhändigen Übertragung: ist der Erwerber bereits im unmittelbaren Besitz der Sache, z. B. als Mieter oder Leiher, so kann die Übertragung durch bloße Einigung geschehen; 2. wenn der Eigentümer im unmittelbaren Besitze ist, so kann die Übertragung durch Besitzauftragung, constitutum possessorium, erfolgen. Dies ist eine großartige, im deutschen Mittelalter zur höchsten Entwicklung gelangte Rechtsfigur, die man allerdings Ende des 18., Anfang des 19. Jahrhunderts beinahe vergessen hatte: der besitzende Eigentümer erklärt nämlich dem Erwerber, er wolle zwar immer noch weiter besitzen, aber nicht mehr für sich, sondern für den Erwerber, so daß er nun unmittelbarer Fremdbesitzer und der Erwerber der mittelbare Eigenbesitzer wird. So in den zahllosen Urkunden, wo der Eigner das Grundstück reservato usufructu oder deducto usufructu veräußert, welcher Usufrukt oft nur eine Woche, einen Tag oder gar nur eine Stunde dauerte[1]. Eine solche Besitzauftragung verlangt allerdings nach dem BGB. ein Rechtsverhältnis, vermöge dessen der Erwerber zum mittelbaren Besitz gelangt (§ 930); allein ein mittelbarer Besitz ist überhaupt nicht ohne ein solches Rechtsverhältnis möglich[2], und daß das Rechtsverhältnis gültig sein soll, verlangt das Gesetz nicht und kann es nicht verlangen[3]. Daher wird insbesondere eine Besitzauftragung dann stattfinden, wenn die Parteien darüber einig sind, daß der Veräußerer die Sache nur noch als Verwahrer weiterbesitzen soll; also in den unzähligen Fällen, wo der Käufer sie in dem Verkaufshause mit der Bemerkung zurückläßt, er werde sie nach einiger Zeit abholen (§ 930 BGB.). 3. Ist der Veräußerer im mittelbaren Besitz, so wird nach dem Wortlaut des BGB. das Eigentum durch Abtretung des Anspruchs gegen den unmittelbaren Besitzer erworben. Die Abtretung des Anspruchs ist aber nur ein anderer Ausdruck für Einigung oder bloßen Vertrag; so wenn ich ein Pferd vermietet habe: ich kann es verkaufen und durch bloßen Vertrag an den Käufer übertragen: in einem solchen Falle erlangt der Erwerber Besitz und Eigentum; allerdings erst mittelbaren Besitz, während der Mieter einstweilen unmittelbarer Besitzer bleibt. Auch ein Faustpfand kann auf diese Weise begründet werden; aber hier muß noch die Benachrichtigung des unmittelbaren Besitzers hinzukommen (§§ 870, 931, 1205 BGB.). Wenn aber der Eigentümer gar nicht besitzt, z. B., wenn ihm die Sache gestohlen wurde, so wird nach dem Wortlaut des BGB. das Eigentum gleichfalls durch Abtretung des Anspruches übertragen; in der Tat ist dies aber nichts anderes als eine Übertragung des Eigentums durch bloßen Vertrag (§ 931 BGB.).

Nur in einer Beziehung hat der Gedanke der Abtretung des Eigentumsanspruches einen bestimmten Sinn: ist (im Falle 3) die Sache einem Dritten für einige Zeit vermietet, so erlangt

forderlich über das Schicksal etwaiger Ausgrabungsfunde, die nicht ohne weiteres als Schatz anzusehen sind.

[1] Vgl. darüber Zwölf Studien zum BGB. I S. 265 f. Wie häufig die Besitzauftragung war, ersehen wir aus den Formeln bei Rolandinus und bei Durantis Spec. II part. 2 de instr. edit. § porro: licet per ususfructus retentionem intelligatur facta traditio, nihilominus tamen me tuo nomine pro eis ad majorem cautelam constituo possidere; und: quam rem idem T. se dicti P. precario nomine constituit possidere, donec ipsius rei possessionem acceperit corporalem. Weiter Nachweise in meiner Abhandlung in der Rhein. Zeitschr. II S. 194. Der Ausdruck constituere in diesem Sinne findet sich schon bei Azo. Über das Konstitut in England vgl. Bracton II 18; über das Konstitut im indischen Recht vgl. den Fall bei Tupper, Punjab Customs III p. 216 (wo der Übertragende als Mieter weiter besitzt). Über das Schweizer Recht vgl. a. 714, 717 Schweizer GB. Die einzige Schattenseite des Konstituts besteht darin, daß auf solche Weise Übertragungen zum Nachteil der Gläubiger verschleiert werden. Allein in solchem Falle gilt der Grundsatz des reputed ownership: die Gläubiger können zugreifen, wie wenn das Eigentum nicht übergegangen wäre, so auch a. 717 Schweiz. GB.

[2] Richtig bemerkt auch Bruns, Besitzerwerb durch Interessenvertreter, S. 77 f., daß ein Besitzerwerb praktisch nie abstrakt vorkommt.

[3] Vgl. auch Martin Wolff, Sachenrecht, S. 174. Ganz unrichtig Kreß, Besitz und Recht (1909) S. 205.

der Erwerber das Eigentum mit der Pflicht, das Mietverhältnis auszuhalten, sofern der Mieter es will, § 986 BGB[1].

§ 39. Ein wichtiger Grundsatz beim Erwerb der beweglichen Sachen ist der bekannte germanische Satz „Hand muß Hand wahren" (§ 935). Der gutgläubige Erwerber erwirbt mehr Rechte, als der Übertragende hatte: er wird Eigentümer, auch wenn der Übertragende ein Nichteigentümer, er wird reiner Eigentümer, auch wenn der Übertragende ein belasteter Eigentümer war[2]; vorausgesetzt ist, daß

1. der Erwerber die Sache realiter, also in den unmittelbaren Besitz erwirbt,

2. daß die Sache nicht eine gestohlene oder verlorene, also nicht eine dem Eigentümer gegen seinen Willen abhanden gekommene ist; der Hauptfall ist der, wenn der Besitzer die Sache einem anderen zur Aufbewahrung oder zum Gebrauch überlassen und dieser sie unterschlagen hat: denn hier war es Aufgabe des Besitzers, eine vertrauenswürdige Person auszuwählen.

3. Vorausgesetzt wird endlich, daß der Erwerber in gutem Glauben erworben hat. Als guter Glaube wird es bezeichnet, wenn dem Erwerber das Nichteigentum des Veräußerers unbekannt ist und ihn hierbei auch keine grobe Fahrlässigkeit trifft (§ 932 BGB.). Dem muß aber der Fall gleichstehen, wenn er sich in ähnlicher Weise über die Vollmacht des verfügenden Vertreters täuschte, indem er irrig glaubte, daß dieser zur Veräußerung der fremden Sache bevollmächtigt sei. § 366 HGB. ist eine unnötige und völlig unzutreffende Sonderlichkeit[3].

Sachen, die auf dem Wege öffentlicher Versteigerung erworben sind, werden Eigentum, auch wenn sie gestohlen oder verloren waren; dasselbe gilt aber auch von Geld und Inhaberpapieren überhaupt. Die Begünstigung des öffentlichen Erwerbs ist urgermanisch[4]; die Begünstigung der Inhaberpapiere beruht auf den dringenden Bedürfnissen des modernen Verkehrs.

Endlich ist der Erwerb beweglicher Sachen noch weiter beherrscht durch das Institut der Ersitzung. Nach dem BGB. gilt eine 10jährige Ersitzung, kraft gutgläubigen Erwerbs und fortdauernden guten Glaubens. Ein besonderer Titel wird nicht erfordert: es genügt daher auch ein vermeintlicher Titel, z. B. ein vermeintliches Kaufgeschäft; wesentlich ist nur so viel, daß eine Grundlage für den guten Glauben gegeben ist. Die Ersitzung wird unterbrochen 1. durch Klageerhebung, aber nur relativ, soweit es sich um den Kläger oder seine Rechtsnachfolger handelt, 2. durch Verlust des Besitzes, absolut, aber nur dann, wenn der Besitz nicht innerhalb eines Jahres oder kraft einer innerhalb des Jahres erhobenen Klage wiedererlangt wird (§§ 937—945). Ähnlich das Schweizer GB. a. 728, nur mit einer sachgemäßen Verkürzung der Frist auf 5 Jahre.

γ) Eigentumsansprüche.

§ 40. Der Eigentümer hat einen Anspruch gegen denjenigen, der ihm den Besitz vorenthält. Das ist die römische rei vindicatio (Eigentumsanspruch), welcher Anspruch bei uns in einer dem römischen Rechte ziemlich entsprechenden Weise gestaltet ist. Nur ist hier manches näher ausgearbeitet, insbesondere auch das Recht der Verwendungen, und in der Fruchtlehre ist der

[1] Dieselben Grundsätze, wie für die unbedingte, gelten auch für die bedingte Eigentumsübertragung; vgl. Flatau, Pfändung des aufschiebend bedingten Eigentumsrechts (1909), S. 27 f.

[2] Über die innere Berechtigung des Satzes vgl. Alfred Schultze, Jahrb. f. Dogm. **49** S. 184 f., Saleilles, Possession des meubles (1907), p. 139 ff. Gegen den ganz verfehlten Versuch Bindings, die Ungerechtigkeit des Eigentumserwerbs vom Nichteigentümer darzutun, vgl. Neubecker in Goltd. Arch. **55** S. 145 f. Beklagen möchte ich, daß selbst ein so vorzüglicher Germanist wie Meister, Fahrnißverfolgung und Unterschlagung, in Festgabe f. Wach, mit unstichhaltigen Gründen dem deutschrechtlichen Satze entgegentritt.

[3] Viel besser ist das Schweizer GB. a. 714 gefaßt: „Wer in gutem Glauben eine bewegliche Sache zu Eigentum übertragen erhält, wird, auch wenn der Veräußerer zur Eigentumsübertragung nicht befugt ist, deren Eigentümer . . . . ."

[4] Vgl. Stadtrecht Viterbo (1251) IV 152, Montefeltro (1384) II 31 (Collez. Marchig. III p. 315). Das Schweizer Recht geht, ähnlich dem Code Napoléon, insofern weiter, als in gewissen Fällen die gestohlene Sache nur gegen Erstattung des Kaufpreises vindiziert werden kann, so, wenn die Sache auf dem Markt oder bei einem entsprechenden Kaufmann gekauft worden ist, a. 934 Schweizer GB.

verkehrte römische Satz [1] beseitigt, wonach auch der gutgläubige Besitzer, obgleich er die Früchte zu Eigentum erwirbt, verpflichtet sei, die noch vorhandenen Früchte herauszugeben, was natürlich nichts anderes als eine Aufforderung ist, möglichst bald mit den Erzeugnissen der Sache aufzuräumen. Die Nutzungen hat vielmehr nur der unentgeltliche gutgläubige Besitzer herauszugeben, der entgeltliche nur insoweit, als er ordnungswidrig, d. h. über die ordnungsmäßige Wirtschaft hinaus Früchte gezogen hat (§§ 988, 993 BGB.). Die rei vindicatio geht selbstverständlich gegen den mittelbaren Besitzer wie gegen den unmittelbaren [2].

Der negatorische Anspruch gegen Störungen ist gleichfalls vollkommen dem römischen Recht entsprechend; bei beweglichen Sachen hat außerdem das römische und deutsche Recht zusammengewirkt zu einer Art von actio Publiciana, indem der letzte gutgläubige Besitzer die Sache vom bösgläubigen Besitzer herausverlangen kann; ja, wenn sie ihm gestohlen oder verloren ist, kann er sie selbst vom gutgläubigen Besitzer herausbegehren; aber alles dies natürlich nur dann, wenn nicht der Beklagte Eigentümer geworden ist, denn dann stünde der actio Publiciana die exceptio dominii entgegen; und alles dieses nur dann, wenn nicht der Beklagte z. B. ein noch früherer Besitzer war, dem die Sache abhanden gekommen ist; denn dann stünde der actio Publiciana die exceptio Publiciana entgegen (§ 1007 BGB.) [3].

b) Miteigentum.

§ 41. Das Miteigentum mehrerer an derselben Sache ist eine Vollberechtigung eines jeden, die aber infolge der wirtschaftlichen Kollision zu gegenseitigen Beschränkungen führt [4]. Diese Beschränkungen können in der Art gestaltet sein, daß jedem der Miteigentümer ein bestimmter Bruchteil zugewiesen wird und damit ein bestimmter Bruchteil der Früchte und Nutzungen zukommt. Das ist das römische Sachmiteigentum. Die Gestaltung kann sich aber auch in der Art vollziehen, daß eine derartige feste Quotenteilung nicht stattfindet, so insbesondere dann, wenn ein Miteigentum nicht an einzelnen Sachen, sondern an einem Vermögensganzen besteht: dies hat dann die Bedeutung, daß jeder am Vermögensganzen in der Art beteiligt ist, daß ihm von dem Ganzen eine bestimmte Quote zukommt. Hier findet daher eine Quotenteilung statt, aber eine Quotenteilung am Ganzen, nicht eine Quotenteilung an dem Recht an einzelnen Sachen. Daher muß bei der Auseinandersetzung das Ganze in die einzelnen Sachen zerlegt und diese den Beteiligten so zugewiesen werden, daß jeder eine seiner Vermögensquote entsprechende Reihe der Einzelstücke erhält: Vermögensmiteigentum im Gegensatz zum Sachmiteigentum. Wie diese Zerlegung stattfindet, ergibt sich erst bei der Teilung, wobei möglicherweise dem einen eine Sache ganz und dem anderen nichts davon zugewiesen wird: die Berechtigung an den einzelnen Sachen schwankt daher unterdessen zwischen Null und ganz, sie ist eine unsichere, erst später bestimmbare [5].

Eine noch weitere Unsicherheit kann eintreten, wenn, wie bei der Gesellschaft, auch die Beziehungen am Sachganzen sich jeden Augenblick ändern und erst bei der Abrechnung herauskommt, welche Quote der Einzelne am Ganzen hat: variables Vermögensmiteigentum.

Noch eine besondere Art der Miteigentumsbeziehungen liegt vor, wenn das Miteigentum gefesselt ist, indem kein Teil sein Miteigentum veräußern darf. Dies ist der Fall bei Gesellschaften,

[1] Oder vielmehr byzantinische Satz, denn erst die Byzantiner haben diesen Satz in das Corpus juris hineingetragen.

[2] Vgl. Gutachten von Gierke zum XXIV. deutschen Juristentag.

[3] Nicht nur der Eigenbesitzer, sondern auch der Fremdbesitzer hat das Recht aus § 1007; vgl. Gierke, Bedeutung des Fahrnißbesitzes (1897), S. 50. Dies nimmt dem Satze aber die Analogie zu actio Publiciana nicht, denn diese will in ihrer modernen Gestaltung nicht das vermutliche Eigentum schützen, sondern den titulierten Besitzstand.

[4] Also nur die Kollision führt zur Beschränkung, weshalb, wenn der eine erblos ausfällt, Anwachsung eintritt und weshalb auch die Polizeibehörde, wenn sie sichernde Maßregeln durchführen will, sich an einen der Miteigentümer allein wenden kann, Entsch. des Oberverwaltungsgerichts 33 S. 444.

[5] Eine Umwandlung vom Sachmiteigentum zum Vermögensmiteigentum ist eine Übertragung und verlangt Eintragung ins Grundbuch, RG. 7. März 1903 Entsch. 54 S. 103; ebenso umgekehrt RG. 21. April 1904 Entsch. 57 S. 432, vgl. auch oberstes LG. Bayern 30. Dezember 1903; vgl. Neubegger, Arch. f. b. R. XXXIV S. 52 f. Im ganzen vgl. Jörges, Z. f. Handelsr. 49 S. 172.

wo das Miteigentum mit den Gesellschaftszwecken und mit der persönlichen Tätigkeit der Gesellschafter verkoppelt ist: gefesseltes Vermögensmiteigentum.

Im BGB. ist namentlich die Rede vom Miterbeneigentum, in § 2033, vom Gesellschaftsvermögen in § 718 und von dem gewöhnlichen Sachmiteigentum in § 741 f. Die ersten zwei enthalten Vermögensmiteigentum, das erstere an einem festen veräußerlichen, das letztere an einem variablen gefesselten Teil des Gesamtvermögens. Das Sachmiteigentum entspricht dem römischen Miteigentum. Doch hat sich auch hier ein genossenschaftliches Element eingeschlichen. Nach römischem Rechte steht jedem ein Quotenteil des Sacherträgnisses zu, über die Art der Benutzung und Fruktifikation aber müssen sie sich verständigen; verständigen sie sich nicht, dann blieb zur Zeit den römischen Juristen nichts anderes übrig als Teilung und Auseinandersetzung; nach byzantinischem Rechte konnte auch während bestehenden Miteigentums der Richter angegangen werden, damit er nach Billigkeit die Bestimmung treffe (actio communi dividundo utilis)[1]. Bei uns gilt der Beschluß der Majorität der Bruchteile; nur kann die Majorität keine grundsätzlichen Änderungen in der Sache einführen: diese können nur erfolgen durch die Einstimmungen oder eventuell durch richterlichen Entscheid, § 744[2].

Die Nachbarschaft zeitigt auch eine Reihe von eigenartigen Gemeinschaftsrechten. Zwar bei gemeinschaftlichen Mauern, Gräben usw. kann das Verhältnis so gestaltet sein, daß kein Miteigentum eintritt, sondern daß das Eigentum eines jeden lokal begrenzt ist, so daß eine gedachte Zwischenlinie den einen vom anderen trennt, vgl. § 921 f. BGB. Doch können auch hier gewisse Gemeinschaftsverhältnisse eintreten, indem jeder in die Sphäre des anderen eindringen darf. Andere Gemeinschaftsverhältnisse können bestehen an gemeinsamen Eingängen, gemeinsamen Treppen, gemeinsamen Brunnen usw., deren Gemeinsamkeit durch den Zweck charakterisiert ist, mehreren Grundstücken zu dienen[3]: daher können diese Gemeinschaftssachen dem Dienste der Grundstücke nicht entzogen und auch nicht durch eine Teilung zergliedert werden[4]. Vielfach besteht auch die Pflicht dessen, dem eine Grenzmauer gehört, den Nachbarn gegen Erstattung der Hälfte zur Gemeinschaft an der Mauer zuzulassen[5].

c) Erbbaurecht und Vorkaufsrecht.

§ 42. Ein vom Eigentum abgetrenntes dingliches Recht ist das Erbbaurecht, das sich bei den verschiedensten Völkern entwickelt hat; denn verschiedenenorts ist das Bedürfnis hervorgetreten, Rechte zu gestatten, welche auf fremdem Grund und Boden sitzen und auf die Dauer in eigentumsähnlicher Weise wirken sollen, so z. B., wenn auf dem Grund und Boden einer Gemeinde gebaut werden darf, damit hier billige und gesunde Wohnungen entstehen[6]. Ein

[1] Daß dies eine byzantinische Schöpfung und die entsprechenden Sätze der Digesten interpoliert sind, hat Berger, Zur Entwicklungsgeschichte der Teilungsklagen (1912), überzeugend dargetan.

[2] Vgl. darüber Paul Wolf, Das schlichte Mobiliarmiteigentum (1902) S. 42, wo auch weitere Literatur.

[3] Vgl. hierüber meine Gesammelten Abhandl. (1883) S. 167 f., Strempel, Beiträge zur Lehre von den gemeinschaftlichen Grenzeinrichtungen, Mecklenb. Zeitschr. XX S. 131 f., Kukuk, Rechtsverhältnisse an gemeinschaftlichen Mauern (1909). S. 19, Pineles, Communio pro diviso, in Grünhut XXIX S. 1 f. Solche Zustände reichen in die Urzeiten zurück. Grenzmauern gab es schon in Babylon; vgl. Kohler und Ungnad, Hammurabis Gesetz III S. 29 und 235, so im syrischen, im hellenistischen Recht; vgl. Pineles S. 21 f. So auch in den italienischen Statute z. B. altes Statut von Lodi (Ed. Vignati) c. 23, Genua (1444) IV 78 de muris communibus, immissione tignorum, und meine weiteren Nachweise im Centenaire du Code civil II p. 620 f.

[4] Dies gilt noch mehr von einem auf die Grenze gebauten Hause, wenn hinterher die Grundstücke in verschiedene Hände kommen. Es kann nicht davon die Rede sein, daß dann jeder seinen Teil abbrechen darf. Völlig verkehrt RG. 20. Januar 1909 Entsch. 70 S. 200. Hiergegen auch Höniger, Arch. f. b. R. XXXV S. 282.

[5] So Code Nap. a. 661. So schon das hellenistische Recht, Hallenser Papyrus, Z. f. vgl. R. XXX S. 321, so die italienischen Statuten, z. B. Parma (1493) Ed. 1590 II p. 101 b, Mailand 1553 a. 342. Über die neuere Jurisprudenz, besonders in Sachsen, vgl. vorzüglich Breit, Sächs. Arch. VI S. 385 f.; in Bayern Abele, Leipziger Z. VIII S. 831.

[6] Darüber gibt es eine umfangreiche Literatur. Vgl. beispielsweise Köhne, Grundsätze des Erbbaurechts (1908), Erman in der Zeitschr. Gartenstadt VI S. 77 f. (Gartenvorstadt Leipzig-Marienbrunn), Brandenburger, Baurecht (1911), Tosetti, Arch. f. b. R. XXXVII S. 134, Freund, Über städtische Bodenreform, Voss. Zeitung 1913, 11. November. Vom

derartiges Rechtsverhältnis hat den großen Vorteil, daß der Eigentümer (hier die Gemeinde) ein starkes Kontrollrecht hat und die Möglichkeit besitzt, bestimmend auf die Bauart, auf die Preise und die Mietsbedingungen einzuwirken. Die große wirtschaftliche Bedeutung des Erbbaurechts für die Wohnungsverhältnisse ist an anderer Stelle auszuführen, hier ist nur zu bemerken, daß die Gemeinden davon reichlichen Gebrauch gemacht haben; manchmal suchten sie allerdings dadurch Ähnliches zu erreichen, daß sie Grund und Boden veräußerten und sich ein Wiederkaufsrecht vorbehielten. Vgl. meine Schrift: Recht und Persönlichkeit S. 207 f.

Das Erbbaurecht gibt dem Erbbauberechtigten die Möglichkeit, ein Gebäude zu errichten, und er erlangt dadurch das Eigentum an dem Gebäude, zugleich aber ein dingliches Recht an dem bebauten Grund und Boden, und außerdem an gewissen anderen Teilen, welche für den Bewohner von Vorteil sind, z. B. Garten, Vorbau u. dgl. [1]. Der Berechtigte kann sein Recht veräußern, er kann es auch mit Hypotheken belasten: gerade die hypothekarische Belastung ist sozial von der größten Wichtigkeit. Auch eine Dienstbarkeit ist möglich, sei es als Grunddienstbarkeit zugunsten des Eigentums oder als persönliche Dienstbarkeit zugunsten des Eigentümers [2]; auch davon haben die Städte Gebrauch gemacht, z. B. so daß ein Kontrollrecht als Dienstbarkeit bestellt wurde [3].

Regelmäßig ist das Erbbaurecht auf eine Reihe von Jahren beschränkt; auch kann es an Bedingungen geknüpft werden, so daß z. B. der Eigentümer das Recht hat, es auch schon vor Ablauf der Zeit unter bestimmten Voraussetzungen zurückzunehmen. Auch ist eine Vormerkung zu dem Zweck möglich, daß der Erbbauberechtigte nur mit Zustimmung des Eigentümers sein Recht veräußern kann [4]. Im übrigen wird die Bestellung des Erbbaurechts ähnlich der Eigentumsübertragung behandelt [5], aber natürlich so, daß sofort bei der Bestellung Bedingungen und Befristungen festgesetzt werden können; für die Übertragung des Erbbaurechts aber gelten die Grundsätze der Eigentumsübertragung vollkommen, §§ 1015, 1017 BGB., und ebenso gelten für die Hypothekenbestellung dieselben Grundsätze wie für die Hypothek am Eigentum.

Von Bedeutung ist auch das Vorkaufsrecht; dieses enthält an und für sich einen schuldrechtlichen Anspruch, kraft dessen der Berechtigte verlangen kann, daß im Falle einer Veräußerung an einen Dritten die Sache zunächst ihm zum Kaufe angeboten wird. Dieses Recht kann aber durch Eintragung ins Grundbuch verdinglicht werden; es kann als dingliches Recht einer Person eingeräumt werden (im Zweifel unvererblich) oder auch einem Grundstück, d. h. dem jeweiligen Eigentümer des Grundstückes. Dies hat große wirtschaftliche Bedeutung. Ein Grundstück würde beispielsweise durch Verbindung mit einem anderen bedeutend gewinnen, der andere will es aber einstweilen nicht veräußern: hier kann bestimmt werden, daß, wenn er es in Zukunft doch veräußert, dann zugunsten jenes Grundstücks ein Vorkaufsrecht gilt, und daß, wenn eine Veräußerung im Widerspruch damit stattfindet, der Vorkaufsberechtigte vom Erwerber unter Zahlung des Kaufpreises die Übertragung verlangen kann: das Vorkaufsrecht wird zum Retraktrecht, zur Losung, zum Zugrecht; vgl. darüber BGB. § 504 f., § 1094 f. [6].

gegnerischen Standpunkt Grünberg, Bauten auf fremdem Grund (1903), S. 71 f. Über die englische building lease vgl. Schuster, J. W. 42 S. 625.

[1] Orientalische Rechte kennen auch ein Baumeigentum, solches ist aber weder im BGB. §§ 1012, 1013 noch im Schweizer ZGB. a. 675, 678 gestattet. Auch das Stockwerkeigentum ist beschränkt, § 1014, a. 131, 182 BGB., a. 675 Schweiz. ZGB.

[2] Vgl. Tosetti, Arch. f. b. R. XXXVIII S. 128, OLG. Darmstadt 29. Dezember 1908 Entsch. freiw. G. X S. 72.

[3] Allerdings nimmt das Kammergericht 3. Dezember 1900 und ihm folgend das RG. 11. Oktober 1905 Entsch. 61 S. 538 an, daß eine persönliche Dienstbarkeit nur möglich ist, wenn ihr Inhalt der physischen oder juristischen Person einen wirtschaftlichen Vorteil bringt, nicht wenn es sich nur um eine Fürsorge im öffentlichen Interesse handelt; dies ist aber eine ganz unzulässige Beschränkung. Warum das Recht so auslegen, daß etwas Unzuträgliches herauskommt? Sollen die Gemeinden nicht für das öffentliche Wohl sorgen dürfen? Sollten solche Bestimmungen nichtig sein? Sollte etwa anderseits der Staat nicht eine Servitut erwerben können zur Sicherung des Betriebs einer Strafanstalt? Vgl. unten S. 80.

[4] Vgl. Kammergericht 5. Oktober 1908 Entsch. freiw. Gerichtsb. IX S. 271.

[5] Auf Antrag (nötigenfalls auch von Amts wegen) ist für das Erbbaurecht ein eigenes Grundbuchblatt anzulegen, § 7 GrundbO.

[6] Das Vorkaufsrecht findet sich besonders in langfristigen Pachtverträgen, namentlich bei Hotels, Gastwirtschaften, gewerblichen Anlagen; vorwiegend ist das subjektiv persönliche, seltener das subjektiv-dingliche Vorkaufsrecht, Segall, Arch. f. b. R. XXXII S. 426.

d) Nießbrauch.

§ 43. Der Nießbrauch ist nach römischer Weise gestaltet, insbesondere auch in der Art, daß der Usufrukt an verbrauchbaren Sachen zum uneigentlichen Nießbrauch wird, so daß die Nießbrauchssachen in das Eigentum des Nießbrauchers übergehen und er nur s. Z. den Wert zu ersetzen hat. Diese Weise der Gestaltung ist nicht zweckmäßig, und es wäre besser gewesen, das BGB. hätte sich hier von der Eigenart des römischen Rechts losgemacht und diesen Fall dahin gestaltet, daß der Nießbraucher Nießbraucher der Sachen bleibt, aber kraft seines Nießbrauchs über die verbrauchbaren Sachen verfügen darf; ganz ähnlich, wie dies für die eheliche und elterliche Nutznießung in §§ 1376 und 1653 BGB. bestimmt ist. Denn die römischrechtliche Gestaltung führt zu dem schweren Nachteil, daß, wenn der Nießbraucher in Konkurs kommt, der Eigentümer die (in das Eigentum des Nießbrauchers geratenen) Nießbrauchssachen nicht vindizieren kann, sondern nur schuldrechtlicher Restitutionsgläubiger und als solcher auf einen blanken Konkursanspruch beschränkt ist. Dies ist um so mißlicher, als das BGB. den Kreis der verbrauchbaren Sachen erheblich erweitert hat; es sollen nämlich auch diejenigen beweglichen Sachen als verbrauchbar gelten, welche einem Warenlager oder einem sonstigen zu Einzelveräußerungen bestimmten Sachinbegriff angehören (§ 92 cf. 1035 BGB.). Wenn daher jemand an einem Laden, an einem Warenhaus oder dgl. einen Nießbrauch erwirbt, so wird er der volle Eigentümer aller in den Magazin- und Ladenräumen befindlichen Waren und nur zur Werterstattung verpflichtet! Man hat hier vergessen, daß es auch einen Verfügungsnießbrauch gibt, dessen Grundzüge längst vor dem BGB. wissenschaftlich erörtert worden waren[1].

Eine wichtige Neuheit unseres Gesetzes ist, daß das Recht des Nießbrauchers, auch wenn es einer juristischen Person zusteht, erst mit der Person erlischt, so daß hiernach die juristischen Personen einen ewigen Nießbrauch erwerben können (§ 1061 BGB.). Dies gilt ebenso von den beschränkt persönlichen Dienstbarkeiten nach Maßgabe des § 1090 BGB. Für letztere ist dies zutreffend, für den Nießbrauch nicht, denn gegen einen ewigen, das Eigentum ständig absorbierenden Nießbrauch sprechen erhebliche Gründe[2]. Ist auf solche Weise das Gebrauchsrecht bei juristischen Personen mehr als ausgiebig gestaltet, so hat das Gesetzbuch sich bezüglich der physischen Personen wieder recht unvorsichtig gezeigt und die Industrie schwer gefährdet. Wie, wenn der Fabrikant A. das Recht erwirbt, über das Grundstück des B. einen elektrischen Strom zu leiten? Stirbt A, so ist das Recht dahin, §§ 1090, 1061 BGB. Unglaublich! Nun könnte man ja in einem solchen Falle immerhin an eine Grunddienstbarkeit denken, die dem Fabrikgrundstück zukäme; allein auch dies genügt dem Sachverhalt nicht, denn möglicherweise kann die Fabrik auf ein anderes Grundstück verlegt werden und das Elektrizitätsbedürfnis weiterbestehen. Hier wird man anzunehmen haben, daß trotz der §§ 1090 und 1061 ein Gebrauchsrecht zugunsten des Unternehmens begründet werden kann und daß es besteht, solange das Unternehmen dauert, auch wenn die physische Person stirbt[3].

Der Nießbraucher hat nicht nur ein Recht zum Selbstgenuß, sondern auch zum Genuß durch einen anderen, z. B. durch einen Mieter oder Pächter, § 1056; er kann zwar nicht den Nießbrauch übertragen, wohl aber ein dingliches Recht daraus ableiten und es einem Dritten gewähren, was man mit dem nichtssagenden Ausdruck „Übertragung der Ausübung des Nießbrauchs" bezeichnet, § 1059[4].

[1] Jahrb. f. Dogmat. **24** S. 187 f. Unzutreffend auch das Schweizer GB. a. 772: der Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen wird hier, wenn nicht anders bestimmt ist, Quasiusufrukt; der Nießbrauch an sonstigen geschätzten Sachen wird Verfügungsnießbrauch! Über den Verfügungsnießbrauch neuerdings auch Krückmann, Arch. f. ziv. Prax. **103** S. 286 f.

[2] Das Schweizer GB. a. 749 nimmt hier mit dem gemeinen Recht ein Erlöschen nach 100 Jahren an, nicht so bei der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit, a. 781. Beides ist zutreffend: auch hier hat das Schweizer GB. das Richtige getroffen.

[3] So auch treffend das Schweizer GB. a. 781 und dazu mein Aufsatz in der Rhein. Zeitschr. III S. 409, 419 f.

[4] Auch das Schweizer GB. a. 788 hat den nichtssagenden Ausdruck: der Nießbrauch kann „zur Ausübung" übertragen werden. Die Übertragung der Ausübung ist nichts anderes als die Bestellung eines jus in re innerhalb des Nießbrauchs. Gegen die völlig abwegigen und verwirrenden Ausführungen Hellwigs über Rechtsausübung vgl. Hirsch, Z. f. Ziv. Prozeß **42** S. 48.

Zur Sicherheitsleistung (cautio usufructuaria) ist der Nießbraucher nur ausnahmsweise verpflichtet, §§ 1051 f., 1067 [1].

Der Nießbrauch ist auch an persönlichen Vermögensgütern, namentlich an Forderungen möglich, und zwar ist der Nießbrauch an verzinslichen Forderungen und Inhaberschuldbriefen regelmäßig so auszuüben, daß die Zinsen an den Nießbraucher, das Kapital an Eigentümer und Nießbraucher zusammen bezahlt wird, damit diese eine neue verzinsliche Anlage machen, mit demselben Recht wie zuvor, §§ 1076 ff. Der Nießbrauch an einer Vermögensgesamtheit aber ist an sich ein Nießbrauch an den Stücken des Vermögens, aber so gestaltet, daß das Ergebnis entsteht, als wäre er ein Nießbrauch an der Gesamtheit, weshalb

1. der Nießbraucher persönlich für die Zinsen der Schulden haftet [2],

2. sich gefallen lassen muß, daß dem Vermögenskapital das Nötige entnommen wird, um die Schuldkapitalien zu tilgen, §§ 1085 f.

e) Grunddienstbarkeiten.

§ 44. Die Grunddienstbarkeiten haben den Zweck, die Nachteile, welche die Zerlegung des Erdbodens in verschiedene Eigentumsstücke herbeiführt, so weit als möglich auszugleichen [3]. Wo die Zusammenfassung zweier Grundstücke nötig ist, um erhebliche menschliche Zwecke zu erreichen, kann die Zusammenfassung in der Art stattfinden, daß ein Grundstück an dem anderen eine Grunddienstbarkeit erwirbt, welche die Sachqualität dieses anderen Grundstücks den Zwecken des ersteren dienstbar macht: es soll nicht notwendig sein, daß man zu diesem Zweck gerade auch das Eigentum dieses anderen Grundstücks erwirbt [4]; sehr häufig kann eine kleine Belästigung des einen dem anderen mächtige wirtschaftliche Vorteile bieten. Warum sollte sich die Menschheit dies entgehen lassen?

Die Grunddienstbarkeit soll also durch Zusammenfassung der wirtschaftlichen Kräfte die Erwerbskraft der Erdoberfläche erhöhen; sie soll den Nutzen des sog. herrschenden Grundstücks steigern, sei es kraft seiner Agrikultur-, sei es kraft seiner industriellen Eigenschaften; dagegen steht es ihr nicht an, lediglich dem Vorteil des momentanen Eigners des Grundstücks zu dienen. Ob das Spazierengehen in einem Park für ein Wohngrundstück eine Grunddienstbarkeit sein kann, hängt von den Umständen ab. Sicher ist eine solche in der Art möglich, daß der Fabrikherr das Recht bekommt, daß die Fabrikarbeiter auf dem Nachbargrundstück ihr Mittagessen verzehren dürfen: dies ist ein Vorteil für die Fabrik.

[1] Anders das gemeine Recht; auch noch italienische Statuten verlangen eine Sicherheitsleistung, z. B. C e n t i (1607): nisi primo satisdederit proprietario.

[2] Vgl. L i n d e m a n n , Haftung des Nießbrauchers eines Vermögens für die Zinsen (1913). Maßgebend für die Zinsperiode ist nicht der Zeitpunkt der dinglichen Sachübertragung, welche ja recht sukzessive sein kann, sondern die Verabredung, kraft welcher der Nießbrauch zu bestellen ist; § 1088 ist nach § 419 auszulegen.

[3] Es handelt sich also um das Verhältnis des einen Privatgrundstücks zum anderen. Anliegerrechte an öffentlichen Straßen sind keine Grundgerechtigkeiten und daher nicht einzutragen, RG. 2. Dezember 1908 Entsch. 70 S. 77.

[4] Besteht die Grunddienstbarkeit kraft Eintragung, so bleibt sie bestehen, wenn auch nachträglich die Grundstücke in einer Hand vereinigt werden (§ 889 BGB.). Man hat gefragt, ob auch, während die Grundstücke sich in einer Hand befinden, eine Grunddienstbarkeit eingetragen werden kann? Das Schweizer GB. a. 733 bejaht dies ausdrücklich in Übereinstimmung mit der bisherigen Schweizer Praxis. Die Frage ist natürlich auch bei uns zu bejahen; vgl. E u g e n H u b e r , Eigentümer-Dienstbarkeit (1902), in Festschrift für Fitting S. 69 f. Dies ist insbesondere für gegenseitige Dienstbarkeiten wichtig, wenn z. B. für eine Reihe von Häusern gegenseitig die Servitut des Villenbaues bestimmt wird, Arch. f. ziv. Praxis 87 S. 229 f. Über die weitere Literatur und Rechtsprechung vgl. J u n k e r , Eigentümerdienstbarkeit (1907) S. 39 f. S c h l o m k a , Zentralbl. f. freiw. Gerichtsb. III S. 521 f. Verkehrt Kammergericht 24. September 1900, Mugdan I S. 427, OLG. Kolmar 21. September 1903, Z. f. E. Lothr. 29 S. 60, und RG. 26. Januar 1901 Entsch. 47 S. 202. Der Hauptgrund ist der, daß § 873 BGB. Einigung verlange, eine solche aber nicht vorliege, wenn der Eigentümer beider Grundstücke die Servitut errichten will. — Unerträglicher Formalismus! Die Erklärung des Eigentümers des Grundstücks A und die Erklärung des Eigentümers des Grundstücks B bilden eine Einigung, auch wenn die Person die gleiche ist! Unrichtig will G i e r k e , Privatrecht II S. 641 dies nur de lege ferenda gelten lassen. Das alte Lied von der lex ferenda und lex lata! Wenn doch dieses Lied einmal verstummte!

Auf der anderen Seite muß natürlich auch das dienende Grundstück durch seine Grundstücksnatur dienen, und es wäre darum keine Grunddienstbarkeit in der Art möglich, daß der Grundstückseigentümer, der eine Fabrik betreibt, dem anderen aus der Fabrik soundso viel Waren zu liefern hätte oder letzterer gar die Möglichkeit erwürbe, die Waren aus der Fabrik selber herauszuholen; auch nicht in der Art, daß der Eigner des dienenden Grundstückes sich verpflichtete, seine Lebens- oder Betriebsmittel von dem herrschenden Grundstück zu beziehen [1].

Die Grunddienstbarkeiten hat schon das römische Recht in Feld- und Stadtdienstbarkeiten eingeteilt: das engere Zusammenleben der Stadt bringt Beziehungen von Wohnung zu Wohnung mit sich [2]; eine Menge nutzloser Baulichkeiten wird erspart, wenn der eine Bau zugleich dem anderen dient und seinen Bedürfnissen entspricht. Und ist nun gar die Industrie beteiligt, so treten neue Funktionen ein, da die Industrie vielfach fremdes Gelände herbeiziehen muß, um ihre Aufgaben zu erfüllen. Kann hierbei die Industrie beliebig die Entfernungen überspringen, oder ist eine gewisse Nähe (Vizinitas) der Grundstücke erforderlich? Erforderlich ist die Vizinität in der Art der Kontinuität der Wirkung. Daher ist eine Grunddienstbarkeit möglich, wonach man das Recht erhält, ein elektrisches Kabel meilenweit zu legen; ebenso ist bei der drahtlosen Telegraphie eine Grunddienstbarkeit in der Art zulässig, daß ein Grundstück an der Nordsee mit einer Empfangstation in den Vereinigten Staaten in Verbindung tritt. Dagegen ist eine Grunddienstbarkeit einer Berliner Fabrik, in Ceylon den Graphit, in China die Steinkohlen, in Rußland das Uran zu fördern, nicht möglich [3].

Die Grunddienstbarkeiten im Interesse der Gesundheitspflege haben gleichfalls große Bedeutung, vor allem die Dienstbarkeit, daß ein Park erhalten bleibt oder daß in einem Vorort nur Villenbauten hergestellt oder keine Schanklokale betrieben werden dürfen [4].

Kann der Eigentümer an einem Erbbaurecht eine Grunddienstbarkeit erwerben? Die Frage ist zu bejahen. Heutzutage haben die Städte vielfach davon Gebrauch gemacht, um sich ein Kontrollrecht am Erbbau zu sichern. Vgl. oben S. 58.

Von der Grunddienstbarkeit gelten noch folgende Bestimmungen:

1. Der Gebrauch der Dienstbarkeit soll nicht über ihren Zweck hinausgehen, namentlich das dienende Grundstück nicht mehr belästigen als nötig. Daraus ergibt sich von selbst die Verlegungsbefugnis, wenn ohne Abbruch des Nutzens durch Wahl einer anderen Örtlichkeit dem dienenden Grundstücke eine wesentliche Erleichterung gebracht werden kann, § 1023; vgl. Schweizer GB. a. 742 [5].

2. Es ist Sache des Berechtigten, die Dienstbarkeitsanlagen (z. B. die Wasserleitung) im Stande zu halten, auch sofern sie auf den dienenden Grundstücken sich befinden; kommt allerdings die Anlage beiden Grundstücken zugute, so liegt ihr Unterhalt beiden ob. Ein dritter Fall ist der, wenn die Anlage hauptsächlich dem Eigentümer des dienenden Grundstücks nützt und ihre Benutzung durch das herrschende Grundstück nur eine nebensächliche oder akzessorische ist; so, wenn das herrschende Grundstück das Recht erwirbt, daß der Eigentümer an einem Griff der Nachbarmauer seine Gondel anbindet, oder daß sein Dachbalken auf das Nachbargrundstück gelegt wird: hier hat natürlich der Eigentümer des dienenden Grundstücks die Mauer zu unterhalten, da

[1] Arch. f. ziv. Praxis 87 S. 169 f., Kammergericht 16. Juni 1902 in d. Jahrb. v. Johow u. Ring XXIV A 241 f. und 30. Juni 1902 bei Mugdan V S. 154.

[2] So auch das deutsche Recht. Vgl. Urk. v. 1318 Boos, Urkundb. v. Worms II 135 (Verbot der Fensteranlage), Beispiele v. 13. Jahrh. an in Fabricius, Stralsunder Urkundb. S. 279. Eine Brunnendienstbarkeit aus Lindau v. 3. August 1545 werde ich demnächst anderwärts veröffentlichen.

[3] Gierke, Privatrecht II S. 648 will das Erfordernis der Vizinität nicht gelten lassen; ich möchte aber doch fragen, ob man eine Servitut einer Berliner Fabrik, in Marokko Eisen zu beziehen, zuließe. Man betrachte doch die Sache praktisch, anstatt abstrakte Sätze aufzustellen, deren Unhaltbarkeit sich sofort ergibt. Schließlich wird man noch einem Berliner Fabrikgebäude ein Servitut gewähren, das nötige Betriebspetroleum im Kaukasus an der Quelle zu entnehmen.

[4] Kammergricht 12. April 1906 Mugdan XV S. 372.

[5] Noch weiter geht das Schweizer Recht a. 735: es läßt eine Aufhebung zu, wo das Interesse an der Dienstbarkeit erloschen oder ganz minim geworden ist, a. 736. Das ist zutreffend.

die Benutzung durch den Dienstbarkeitsberechtigten nur eine unwesentliche ist, §§ 1021 f. BGB. 741 Schweizer ZivG.[1].

3. Die Grunddienstbarkeit kann nur durch Einigung und Grundbucheintragung, nicht durch ersitzenden Gebrauch erworben werden; denn ein Gebrauch ist meist eine Sache der Duldung und nachbarlichen Freundlichkeit und soll nicht zum Nachteil des willfährigen Nachbars mißbraucht werden, § 873; vgl. Schweizer GB. a. 731[2].

Daß durch usucapio libertatis eine Versitzung möglich ist, ist bereits S. 44 entwickelt worden, § 1028.

4. Gegen den Störer (sei dieser nun der Eigentümer oder ein Dritter) geht ein Ablassungs- und nach Umständen ein Unterlassungsanspruch für die Zukunft §§ 1027, 1004[3].

3. Wertrechte.

a) An Grundstücken[4].

§ 45. Die Gestaltung der Wertrechte an Grundstücken hat das BGB. hauptsächlich auf die preußische Gesetzgebung, auf die GrundbO. und das Eigentumserwerbsgesetz vom 5. Mai 1872 gebaut; es hat aber versucht, diese Bestimmungen fortzuführen und den modernen Verhältnissen anzupassen[5]. Dies ist teilweise gelungen. Man hatte eine Zeitlang die Bestrebung, die Hypothek in die Grundschuld übergehen zu lassen, hat dies aber nicht durchgeführt; namentlich war Dernburg dagegen. Die Folge hat ihm recht gegeben: die Hypothek wird sehr häufig, die Grundschuld ziemlich selten begründet[6]. Daß aber der Grundschuldgedanke indirekt eine große Rolle spielt, wird sich unten ergeben.

Die Grundschuld (im Schweizer Rechte: Gült) ist ein Recht auf einen im Grundstück befindlichen Wert, ohne obligationsrechtliches Element, also ein blankes dingliches Wertrecht (vgl. oben S. 43), bei welchem niemand Gläubiger und niemand Schuldner ist; dies gilt auch dann, wenn die Grundschuld eine Eigentümergrundschuld ist, also dem Eigentümer des Grundstückes zusteht[7]. Man hat behauptet, daß ein solches Recht an der eigenen Sache mit dem Charakter

---

[1] Dies habe ich im Arch. f. ziv. Praxis 87 S. 196 f. klargelegt. Vorher pflegte die Pandektenwissenschaft höchst verständnislos von einer positiven Ausnahme für die servitus oneris ferendi zu reden. Über diese servitus oneris ferendi handelt ausführlich Burzio, Arch. giwud. 54 p. 315 f., 526 f. Über die reallastartige Bestimmung des § 1021 BGB. vgl. RG. 1. Februar 1905 Entsch. 60 S. 87. Selbstverständlich finden hier die Bestimmungen der Reallastablösungsgesetze keine Anwendung.

[2] Also Nulle servitude sans titre, wie in den meisten französischen Coutumes (mit Ausnahme der Coutumes du droit écrit); vgl. darüber meine Nachweise im Arch. f. ziv. Praxis 87 S. 252 f. In den Ländern des römischen Rechts unterschied man zwischen servitutes continuae und discontinuae und ließ nur bei ersteren die Ersitzung zu. So auch die Ley de las Siete Partidas III 31 a. 15. Der Code Nap. a. 690, 691 läßt sie zu bei servitutes continuae et apparentes; hierüber meine Ausführungen a. a. O. S. 251, worin ich nicht, wie Gierke II S. 646 behauptet, die soziale Seite der Frage übersehen, sondern gerade besonders betont habe.

[3] Eine Störung liegt nicht in der Veräußerung des Grundstücks, auch dann nicht, wenn man weiß, daß der Erwerb zum Zweck der Erbauung einer Eisenbahn stattfindet, OLG. Darmstadt 1. Mai 1911 Hessische Rechtspr. XII S. 96.

[4] Im altgermanischen Recht folgte den Regeln des Pfandrechts an Grundstücken auch das Pfandrecht an Grundgerechtigkeiten, Zehnten usw. Viele Nachweise darüber in meinen Pfandrechtlichen Forschungen (1882) S. 94 f. So auch in Südfrankreich; vgl. Urkunde von 1179 bei Luchaire, Recueil de textes de l'ancien dialecte Gascon (1881) S. 5: Sciendum quod G. empena totz los dreitz que en la dezma de la Puiola avie, Urkunde von 1257 p. 28: empenje la dezmarie. So massenweise in Süddeutschland, namentlich Verpfändung von Steuern, Zöllen durch Fürsten und Stadtgemeinden, z. B. in Konstanz 1462 (bei Marmor, Geschichte der Stadt Konstanz, in den Schriften des Vereins f. Gesch. des Bodensees VI Anhang S. 100) u. a.

[5] Frühere Bestimmungen finden sich im LR. von 1620, in den Schlesischen HypothekenO. 1750, Preuß. HypothekenO. 1783 und allgem. GerichtsO. 1794. In Bayern bestand der Münchner GantO. 1571, Bayer. LR. 1518, Cod. Maxim. Bav., Gesetz von 1822. Vgl. auch Schwind, Wesen und Inhalt des Pfandrechts (1899) S. 44 f., 67 f., 78 f.

[6] Die Grundschuld findet sich häufiger nur in Mecklenburg, ausnahmsweise kommt sie auch in Ostpreußen und Württemberg vor; vgl. Segall, Arch. f. b. R. XXXII S. 423.

[7] Es ist ebenso, wie ich Inhaberbriefschuldner sein kann, auch wenn ich zugleich Eigentümer des Papiers bin.

der Grundschuld nicht verträglich sei; völlig verfehlt: wenn ich an einer Sache eine Grundschuld habe, so kommt es gar nicht darauf an, wessen Eigentums sie ist; ich kann eine Grundschuld auch an einer Sache haben, die niemandem gehört, natürlich auch an einer Sache, die in meinem Eigentum steht[1]. Allerdings ist in § 1197 BGB. vorgesehen, daß der Grundschuldberechtigte, der selber Eigentümer ist, das Grundstück nicht in Zwangsvollstreckung setzen und daher die Grundschuld nicht in dieser Weise zur Ausladung bringen kann. Dies ist aber begreiflich; denn wenn er das Grundstück mit allen seinen Werten im Eigentum hat, so bedarf er, um einen bestimmten Wert daraus zu erzielen, nicht der Zwangsveräußerung. Sobald sich aber die Sache zweit, indem der Eigentümer nicht mehr zu gleicher Zeit der Grundschuldberechtigte ist, ist das Vollstreckungsrecht gegeben[2]; ebenso hat er ein Anrecht auf die Zinsen mit dem Augenblick, wo andere Berechtigte vorhanden sind, welche auf die Früchte greifen und auf solche Weise den Nutzen der Sache in Anspruch nehmen: so insbesondere, wenn ein anderer Gläubiger die Zwangsverwaltung erwirkt hat, welcher Fall in § 1197 ausdrücklich ausgesprochen ist; so aber auch, wenn ein Nießbraucher die Früchte der Sache erwirbt und die Grundschuldzinsen zu zahlen hat (§ 1047 BGB.): in beiden Fällen ist der Grundschuldberechtigte zinsberechtigt, auch wenn er eine Grundschuld an der eigenen Sache hat.

Der direkte Gegensatz zur Grundschuld war die Hypothek des gemeinen Rechtes, welche nichts anderes als ein akzessorisches Wertrecht, ein Anhängsel der Forderung war. Auch hier bestand ein dingliches Recht an der Sache, aber nur, sofern und soweit eine Forderung bestand. Mit dem Erlöschen der Forderung erlosch das dingliche Recht. Der Gläubiger hatte also nicht ein festes Wertrecht, sondern nur eine wertrechtliche Deckung seiner Forderung; die Haftung der Sache ähnelte insofern der Schuld des Bürgen und war, wie diese, von der Hauptschuld abhängig. Daraus hat das gemeine Recht die Folgerung gezogen, daß, wenn mehrere Hypotheken hintereinander auf dem Grundstück ruhen und die eine erlischt, die nachfolgenden Hypotheken vorrücken; denn man sagte, die Sache bürge eben in dem Falle, wenn keine vorhergehenden Lasten vorhanden seien, besser als früher: die Sache habe aber zu bürgen, so gut sie könne. Dies war ein mißlicher Zustand, denn es brachte ein aleatorisches Element in das Hypothekenrecht; eine solche aleatorische Hypothek kann sich aber im Verkehr nicht bewähren: eine Verkehrshypothek muß eine feste, unverbrüchliche Wertgröße bilden, sie darf nicht den zufälligen Rechtsschicksalen der Sache unterworfen sein. Zwar wird man eine zweite Hypothek mit Aufrückungsrecht höher bewerten als eine andere, aber doch nicht so, daß man für diesen Vorzug ein genügendes Aequivalent zahlt: dafür ist die Sachlage zu fraglich. Mithin besteht hier ein gewisses Mehr an Recht, für welches wegen seiner aleatorischen Natur keine genügende Vergütung gegeben wird, und die Folge ist, daß das Eigentum nicht so vollkommen wirtschaftlich ausgenutzt wird, als es ausgenutzt werden könnte; ist also beispielsweise der Betrag, um den die zweite Hypothek vorrücken kann, 10 000, so wird der zweite Hypothekar für diese Möglichkeit seine Hypothek nicht um 10 000 mehr bewerten, vielleicht nur um 2000, und dieses Manko ist ein Minus für den Eigentümer.

Ganz unerträglich aber wird die bezeichnete Erscheinung dann, wenn etwa der Eigentümer selber eine Hypothek abgelöst hat, in welchem Falle die anderen nachrücken und er das Nachsehen hat: sic vos non vobis; in diesem Falle hat bereits das gemeine Recht eingelenkt.

Die ganze Lehre vom V o r r ü c k e n hat man heutzutage aufgegeben. Um sie zu beseitigen, sind zwei Systeme gewählt worden: das eine findet sich im österreichischen Entwurf und im Schweizer GB. (a. 814, 815), das andere in unserem BGB. Das erste System ist das System der leeren Pfandstelle, das letztere das System der Eigentümergrundschuld. Im ersten Falle bleibt, wenn eine Hypothek gelöscht wird, die Stelle zur Verfügung des Eigentümers frei, aber sie ist, solange er nicht verfügt hat, unbesetzt; kommt es ohne solche Verfügung zur Subhastation, so rücken die späteren Hypotheken vor. Bei der Eigentümerhypothek dagegen erlangt der Eigentümer sofort an der leeren Stelle eine wirkliche Hypothek oder Grundschuld, die auch bestehen bleibt, wenn es zur Subhastation kommt, in welchem Falle dem Eigentümer

[1] Eine solche Doppelstellung der Person war auch dem römischen Rechte gemäß; man denke nur an fr. 93 pr. de solut.

[2] Also auch dann, wenn ich Eigentümer und Grundschuldberechtigter bin und hinter meiner Grundschuld ein Nießbrauch steht; denn hier habe ich dasselbe Wertinteresse, wie wenn das Grundstück einen anderen Eigentümer hätte.

(dem Subhastaten) der betreffende Versteigerungsbetrag zugewiesen wird, welcher Betrag von seinen Gläubigern nach den gewöhnlichen Regeln gepfändet werden kann: denn die nachfolgenden Hypotheken haben als solche kein Vorrecht darauf. Es gilt also bei uns der Satz: daß in allen Fällen, in welchen eine Hypothek aufhört, dafür eine Hypothek des Eigentümers in ihrem Range entsteht, welche sich allerdings regelrecht zur Grundschuld gestalten wird, wenigstens dann, wenn eine Forderung neben der Hypothek nicht mehr besteht. Auf solche Weise ist das Aleatorische entfernt: jede Hypothek behält ihre bestimmte Stelle; ein Vorrücken im Rang findet in keiner Weise statt, außer wenn solches ausdrücklich bestimmt ist, wenn der Eigentümer sich verpflichtet, im Falle der Eigentümerhypothek die Hypothek löschen zu lassen (§ 1179 BGB.)[1]. Und auch eine Vertauschung der Rangordnung zweier Hypotheken ist zwar an sich gestattet, aber nur mit Zustimmung des Eigentümers der Sache, denn seine Anwartschaft auf eine Eigentümerhypothek wird dadurch beeinflußt (§ 880; vgl. mit § 1180 BGB., § 27 GrundbO.)[2].

Diese tiefgreifende Umgestaltung des Hypothekenrechtes ist bei uns so weit gediehen, daß, selbst wenn die Forderung von Anfang an nichtig ist, nicht ein dingliches Nichts, sondern eine Eigentümerhypothek entsteht[3]; erlischt die Forderung, so entsteht eine Eigentümerhypothek und der Eigentümer kann eine Hypothek für einen Dritten eintragen lassen; und das gleiche gilt auch, wenn etwa bei einer aufschiebenden Bedingung die Bedingung nicht eintritt oder bei einer auflösenden die Auflösung stattfindet (§ 1163 BGB.), oder wenn der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet, § 1168 BGB.[4]. Dies gilt auch von dem Erlöschen durch Zahlung der Amortisationsbeträge, obgleich diese in manchen Beziehungen (§§ 197, 902 BGB.) wie Zinsen behandelt werden[5]. Zinsen und Nebenleistungen allerdings haben eine andere Natur: ihre Hypothek erlischt durch Zahlung, so daß keine Eigentümerhypothek für sie eintritt (§ 1178)[6]. Eine Löschung der Hypothek durch Rechtsgeschäft kann daher, wie sich schon aus dem obigen (S. 46) ergibt, nur mit Zustimmung des Eigentümers stattfinden, § 1183[7].

§ 46. Aber auch wenn man das Vorrücken ausschließt, kann die gemeinrechtliche Gestaltung der Hypothek dem Bedürfnis noch nicht genügen; denn die gemeinrechtliche Hypothek ist doch noch von der Forderung abhängig, sie ist ihre bloße Befestigung und Verbürgung, und wenn die Forderung nicht besteht, so tritt zwar eine Eigentümerhypothek ein, allein der Hypothekar erwirbt nichts. Was man aber erstrebt, ist, die Hypothek zu etwas frei Veräußerlichem zu gestalten, zu einem blanken Wert, wie etwa der Wechsel, und daher abgelöst von allen Zufälligkeiten. Die Zufälligkeiten aber bestehen darin, daß der Erwerber einer Forderung im Fall der Zession nicht etwa die Sicherheit hat wie der Erwerber eines Wechsels, daß er vielmehr in alle Zufälligkeiten der Forderung hineingestürzt wird, und wenn die Forderung in der Person des Vor-

[1] Kraft dieser Verpflichtung kann eine Vormerkung eingetragen werden (§ 1179 BGB.). Kann die Einräumung des künftigen Vorranges auch zum voraus direkt geschehen? Das ist zu verneinen; man kann sich verpflichten, künftig die Vorrangordnung zu ändern, man kann sie aber nicht zum voraus ändern, OLG. Kolmar 2. 1. 1901 Z. Els. Lothr. XXVI 132. Wohl aber ist eine Verpflichtung zur Gestattung des Vorrückens und eine entsprechende Vormerkung auch dann möglich, wenn der, zu dessen Gunsten die Vormerkung gilt, noch keine spätere Hypothek hat, sondern sie erst künftig erwerben will; OberstLG. Bayern 17. April 1902 Mugdan IV S. 490. Vgl. auch oben S. 46.

[2] Vgl. Horn, Eigentümerhypothek (1906), S. 128 f. Vgl. oben S. 46.

[3] Man hat allerdings angenommen, es bedürfe mindestens einer Einigung; wenn der Eigentümer ohne solche eine Hypothek für einen Dritten eintragen lasse, so genüge dies nicht: man sagt, das würde dem Betrug Tür und Tor öffnen, RG. 3. März 1909 Entsch. 70 S. 353. Doch halte ich diese Bedenken nicht für durchschlagend; die auf solche Weise nichtige Hypothek gilt als Grundschuld nach § 1196, die Täuschung der Gläubiger durch einen Strohmann kann auch sonst geschehen.

[4] Die Eigentümergrundschuld bleibt auch bestehen, wenn sie nicht valutiert wird, RG. 6. Dezember 1911 Entsch. 78 S. 21. Überhaupt: die Stelle kann zum Nachrücken nur dann frei werden, wenn der Eigentümer die Rangerhöhung durch Nachrücken gestattet. Vgl. auch Strohal, Jahrb. f. Dogmat. **59** S. 186.

[5] Die Frage ist allerdings bestritten; vgl. die Kammergerichtsentsch. 31. Dezember 1901 2. Dezember 1901 und 26. Mai 1902 bei Mugdan V S. 155, IV S. 70, V S. 256. Man vgl. auch noch §§ 1115, 1158, 1159, 1178 BGB. („Nebenleistungen", wozu die Amortisation nicht gehört). Die besondere Natur der Amortisationsrenten (Tilgungsbeiträge) ergibt sich namentlich aus Hypothekenbankgesetz § 21.

[6] Die Eigentümerhypothek bietet andererseits große Schwierigkeiten. Wie wird sie gepfändet? Vgl. Enzyklopädie III S. 372.

[7] Dieselbe Person kann nicht Bevollmächtigter des Gläubigers und des Eigentümers sein, § 181, Kammergericht 20. Dezember 1909 Entsch. f. Gerichtsb. X S. 238.

gängers erloschen oder geschwächt ist, so hat dies der Nachfolger zu büßen. Wäre man daher bei den bisherigen stehen geblieben, so wäre auch bei der Übertragung der Hypotheken das gleiche eingetreten: die Hypothek wäre mit der Forderung übergegangen, als deren Sicherung; sie wäre übergegangen mit allen Schwächen, welche der Forderung ankleben; und wäre die Forderung erloschen, so wäre die Hypothek entschwunden; es wäre dann eine Eigentümerhypothek entstanden, aber der Zessionar, welcher mit der Forderung die Hypothek erwerben sollte, hätte das Nachsehen gehabt. Dies wollte man vermeiden. Man hätte es nun in der Art vermeiden können, daß man einfach neben die Forderung eine Grundschuld stellte, so daß der Berechtigte zwei verschiedene Rechte erwarb, die Grundschuld und die Forderung: die Grundschuld wäre dann beliebig veräußerlich gewesen, sie hätte sich um die Forderung nicht gekümmert. Der Verkehr aber zog es begreiflich vor, die dingliche und persönliche Sicherheit zu verbinden: der Erwerber wollte Forderung und Grundschuld zugleich haben, und hier empfahl sich ein System der Gezweitheit von schuldrechtlichen und dinglichen Elementen nicht. Namentlich wäre sehr leicht die Möglichkeit eingetreten, daß die Forderung auf den einen und die Grundschuld auf den anderen übergegangen wäre, woraus sich schwierige Verwicklungen ergeben hätten. Darum hat unser deutsches Recht einen Mittelweg gewählt: man hat zwar auf der einen Seite die Grundschuld geschaffen, man hat ferner neben der Grundschuld noch die akzessorische Hypothek in der Eigenschaft als Sicherungshypothek beibehalten, denn vollkommen überflüssig ist diese nicht: namentlich kann sie als Gerichtshypothek im Arrest- und Vollstreckungswesen nicht entbehrt werden (§§ 866, 932 ZPO.); die sog. Verkehrshypothek aber, d. h. diejenige, welche gerade für den Handel bestimmt ist, bei welcher das Hypothekenrecht als fester Wert von einer Hand zur anderen gelangen soll[2], ist in folgender Weise gestaltet worden:

1. Man verband die Forderung mit der Hypothek[1] in der Art, daß sie nur gleichzeitig mit der Hypothek veräußert werden kann und die Hypothek nur gleichzeitig mit ihr (§ 1153 ZPO.). Die Veräußerung geschieht regelrecht durch Eintrag ins Grundbuch. So fungieren die sog. Buchhypotheken, sie kommen bei uns vor, allein sie sind umständlich und erfreuen sich im Verkehr keiner großen Beliebtheit. Man hat deshalb folgendes System ersonnen: Der Hypothekenberechtigte bekommt einen sog. Hypothekenbrief[3], welcher insofern den Charakter eines Wertpapieres hat, als die Veräußerung und die Geltendmachung der Hypothek (regelmäßig) nur mit seiner Hilfe geschehen kann. Die Veräußerung geschieht dadurch, daß der Brief übertragen und zugleich die Übertragungserklärung schriftlich gegeben wird; eine öffentliche Beglaubigung dieser Erklärung ist zwar nicht vorgeschrieben, aber doch zweckmäßig und förderlich. Auf diese Weise kann die Hypothek ohne weiteren Gang zum Grundbuch übertragen werden. Der Grundbucheintrag will eben in einem solchen Falle sagen: berechtigt sei der A. und der etwaige legitimierte Erwerber des Hypothekenbriefes. Man hätte noch weiter gehen und den Hypothekenbrief zum Order- oder Inhaberpapier stempeln können; man hat es nicht getan, weil man den Hypothekenbrief nach den Regeln des Grundbuchrechtes, nicht nach den Regeln der Inhaber- und Orderpapiere gestalten wollte (§ 1154 BGB.)[4].

2. Die Abtretung der Forderung erfolgt nicht nach den Regeln der Zession, sondern sie geschieht nach den Regeln der Hypothekenübertragung, mithin durch Bucheintragung bei der Buchhypothek, durch Übergabe des Hypothekenbriefes bei der Briefhypothek, § 1154 f.[5].

3. Man pflegt weiter folgendes aufzustellen: der gute Glaube des Grundbuches erstrecke sich auch auf die Forderung, soweit sie der Träger der Hypothek ist. Mögen also bei den Übertragungen auch Unregelmäßigkeiten vorgekommen sein, indem etwa ein Zedent nicht legitimiert

[1] Doch kann eine Hypothek für eine künftige Forderung bestellt werden, § 1113; vgl. darüber Sternberg in Jahrb. f. Dogm. 62 S. 377.

[2] Das Schweizer Recht spricht hier von Schuldbrief, a. 842 f.

[3] In der Schweiz: Pfandtitel, a. 856 SchGB.

[4] Das Schweizer Recht hat diesen Schritt getan. Um ihn zu ermöglichen, formalisierte es die Forderung: sie wird durch die Errichtung eines Schuldbriefes zur abstrakten Obligation, a. 855, 859 Schweizer ZGB.

[5] Ebenso geschieht die Subrogation, die eintritt, wenn ein nachfolgender Hypothekengläubiger einen Vorgänger befriedigt und an seine Stelle tritt, nach den Regeln des Hypothekenrechts, nicht des Forderungsrechts; es gilt daher der Satz: nemo subrogat contra se (unten S. 105) hier nicht, RG. 2. April 1913 Entsch. 82 S. 133.

oder geschäftsunfähig war, so erwerbe der gutgläubige Erwerber des Hypothekenbriefes doch die Hypothek und mit ihr die Forderung, soweit sie nötig ist, um die Stütze der Hypothek zu bilden, §§ 892, 1138; und wenn jemand durch eine fortdauernde Reihe öffentlich beglaubigter Übertragungserklärungen und durch den Besitz des Hypothekenbriefes legitimiert sei, so sei es, wie wenn diese ganze Reihe der Übertragungen im Grundbuch stünde; daher: wer gutgläubig erworben hat, der erwerbe die Hypothek: er erwerbe sie, auch wenn etwa unter den Zedenten einer gewesen ist, der wegen Geschäftsunfähigkeit nicht in der Lage war, die Forderung zu übertragen.

Ferner 4: wenn die Forderung nach den Grundsätzen des Forderungsrechts erlischt, so erwerbe der gutgläubige Erwerber trotzdem die Hypothek, als ob die Forderung noch zur Stütze der Hypothek bestünde [1].

Dies alles (zu 3 und 4) ist an sich zutreffend; die richtige Konstruktion aber ist folgende: wenn irgend möglich, erwirbt der Rechtsnachfolger im Hypothekenrecht Hypothek und Forderung; wo dies nicht möglich ist, weil die Forderung nicht auf ihn übergehen kann, erwirbt er eine Hypothek ohne Forderung, also eine Grundschuld. Die Verkehrshypothek ist also eine Hypothek, welche virtuell eine Grundschuld in sich trägt [2]. Natürlich können hier Ausgleichungen nötig werden, die aber den gutgläubigen Erwerber nicht berühren.

Auf diese Weise haben sich die Hypothekenbriefe als ein unentbehrliches Hilfsmittel des Geldverkehrs entwickelt, und sie werden unter dem BGB. weiter gedeihen [3]. Die Schwierigkeit, die dadurch entsteht, daß der Eigentümer, welcher die Hypothek lösen will, den Erwerber des Hypothekenbriefs nicht kennt, wird durch Hinterlegung und Aufgebot beglichen, § 1171.

Die Sicherungshypothek dagegen enthält keine virtuelle Grundschuld in sich. Wer sie geltend machen will, muß die Forderung beweisen, denn die Forderung ist Voraussetzung für das akzessorische Hypothekrecht. Vom Hypothekenbrief ist hier nicht die Rede. Der Eintrag eines Rechtsnachfolgers im Grundbuch bietet keine Garantie, daß die Zession richtig erfolgt und der Eingetragene der richtige Zessionar geworden ist [4]. Nur in einem Falle tritt auch hier der Grundschuldgedanke ein: das Erlöschen der Forderung führt nicht zum Nachrücken, sondern zur Eigentümergrundschuld; dies ist aber auch der einzige Fall der Verselbständigung [5]. Diese Eigenschaft der Sicherungshypothek, daß sie der Forderung blindlings dient und das Element der Grundschuld möglichst fernhält, macht sie auch geeignet, zur Sicherung eines Inhaber- oder Orderpapiers zu dienen: denn hier richtet sich die weitere Entwickelung nach den Grundsätzen der Inhaber- und Orderschulden, und die Hypothek besteht, sofern und soweit diese Inhaber- und Orderschulden existieren. Um also Inhaberhypotheken zu schaffen, muß man sich der Sicherungshypothek bedienen und sie zu einer Inhaberpapierobligation in Verbindung setzen (§§ 1185 ff.): die Hypothek folgt dann der Inhaberobligation und ihren Eigentümlichkeiten.

Bei Grundschulden dagegen hat man nicht gezögert, Schuldbriefe auf den Inhaber zuzulassen, welche allerdings in gleicher Weise wie die Inhaberobligationen, sofern sie auf eine bestimmte Geldsumme gehen — und das ist unentbehrlich —, der staatlichen Genehmigung bedürfen (§§ 795, 1195 BGB.) [6]; hier ist natürlich eine Kollision zwischen einem schuldrechtlichen und einem dinglichen Element nicht zu befürchten.

[1] Über die sich hier ergebenden Kollisionen vgl. Böhmer, Arch. f. b. Recht XXXVII S. 208 f. Nach Schweizer Recht sucht man diesem Zwiespalt durch den obigen Satz zu entgehen: die Forderung wird, sobald ein Schuldbrief errichtet wird, in eine abstrakte Obligation verwandelt, welche den mannigfachen Erlöschungsgründen des konkreten Forderungsrechtes nicht unterliegt, a. 855 Schweizer GB. So war es dem Schweizer Recht möglich, die Hypothekenbriefe (Schuldbriefe) auf den Inhaber zu stellen, a. 859.

[2] Hätte man dies einfach so ausgedrückt, so hätte man dem Gesetz und der Doktrin viele Quälerei erspart. Vgl. auch Baup, Rapports entre l'obligation et le droit de gage, p. 104.

[3] Die Entwickelung des Hypothekenrechts in Deutschland ist eine ganz immense. Vgl. darüber mein Werk: Recht und Persönlichkeit S. 133 f., und Nußbaum, Deutsches Hypothekenwesen S. 184 f. In den meisten Teilen Deutschlands wird die Verkehrshypothek als Briefhypothek bevorzugt; die Sicherungshypothek aber ist die regelmäßige Form in Bayern, Baden und Hessen. Vgl. Segall, Arch. f. b. Recht XXXII S. 420.

[4] Der § 893 BGB. bewirkt dies nicht; vgl. Sternberg, Jahrb. f. Dogm. 61 S. 400 f.

[5] Dies gilt auch von der Zwangshypothek, § 868 ZPO. Vgl. darüber Tröltsch, Zwangshypothek, Beiheft zur Rhein. Zeitschr. V S. 33 f.

[6] RG. 18. Januar 1905 Entsch. 59 S. 381.

Die Hypothek erlischt, soweit sie durch Zwangsvollstreckung aus dem Grundstück befriedigt wird; sie erlischt auch, soweit sie bei der Zwangsvollstreckung nicht übernommen wird und nicht durch den Barerlös befriedigt werden kann, §§ 1147, 1181 BGB., §§ 52, 191 ZVG.[1].

§ 47. In Betracht kommen noch die Gesamthypothek, die Amortisations-, Maximal- und die Meliorationshypothek.

1. Die Gesamthypothek belastet mehrere Grundstücke mit derselben Wertberechtigung, so daß jedes Grundstück für das Ganze haftet und der Gläubiger die Wahl hat, ob er alle Grundstücke oder nur das eine für die ganze Summe in Anspruch nehmen will, § 1132. Er hat daher jederzeit das Recht, die ganze Last dem einen aufzubürden oder sie beliebig unter die verschiedenen Grundstücke zu verteilen und einen entsprechenden Grundbucheintrag herbeizuführen (ohne Zustimmung der Grundeigentümer)[2]. Natürlich kann die Belastung nur eine gleichartige sein, und es ist daher unzulässig, daß die Hypothek auf dem einen Grundstück als Brief-, auf dem anderen als Buchhypothek lastet[3].

Diese Einrichtung hat man im Interesse der völligen Sicherung des Gläubigers für unentbehrlich erachtet[4]; sie bedrängt aber den Realkredit schwer, da jedes der Grundstücke die volle Last trägt; andererseits trägt sie, da die Summe doch nur einmal bezahlt wird, ein aleatorisches Element in sich.

Man sucht sie daher möglichst zu vermeiden. Wird sie zur Eigentümerhypothek wegen Nichtexistenz der Forderung, so kann jeder Eigentümer die Teilung nach Verhältnis des Wertes der Grundstücke verlangen, §§ 1172, 1175; wird sie zur Eigentümerhypothek infolge der Zahlung durch einen der Eigentümer, so beschränkt sich die Eigentümerhypothek auf dessen Grundstück, im übrigen erlischt sie[5] (er müßte denn Regreßansprüche haben, in welchem Falle auf den übrigen Grundstücken die Hypothek für diese Rückgriffsansprüche fortbestünde, §§ 1173, 1182)[6]. Das Erlöschen pflegt man allerdings dadurch abzuwenden, daß der Eigentümer des Einzelgrundstücks nicht zahlt, sondern die Forderung gegen Valuta erwirbt[7].

Bei der Subhastation sucht man ebenfalls eine Ausgleichung herbeizuführen, vgl. Enzyklopädie III S. 375.

2. Die Amortisationshypothek ist eine Hypothek mit allmählicher Abzahlung: der Erwerber einer solchen Hypothek erwirbt sie also unter Berücksichtigung sämtlicher Abzahlungen, die nach Maßgabe des Hypothekenbetrags gemacht sind; wieviel, ist aus dem Grundbuch nicht zu entnehmen[8]. Vgl. oben S. 64 und HypothekenbankG. § 6 und § 19—21.

3. Die Maximalhypothek, die man früher auch Kredithypothek nannte, ist eine Hypothek für gegenwärtige und künftige unbestimmte Forderungen: eine Sicherungshypothek mit unbestimmtem Inhalt, indem die Forderungen ein- und austreten, so daß eine durch Zession ausscheidende Forderung dem Hypothekenbande entflieht, § 1190; es entsteht dann für diesen Betrag keine Eigentümerhypothek: denn die Hypothek ist zum voraus auf einen wechselnden Bestand angelangt.

4. Für Baugläubiger und Meliorationsgläubiger wäre nichts anderes als eine Meliorationshypothek am Grundstück angemessen für den durch Bau und Besserung er-

[1] Die schuldrechtliche Forderung bleibt bestehen, allein dies kann zu großen Ungerechtigkeiten führen; z. B. der erste Hypothekar mit einer Forderung von 100 000 erwirbt als Ersteher das Grundstück zu 3000 Mark. Soll er trotzdem 97 000 Mark geltend machen können, wenn das Grundstück 150 000 Mark wert ist? In solchen Fällen ist durch Arglisteinrede zu helfen. Vgl. darüber das Referat von Biermann zum XXX. deutschen Juristentag, Friebe, Jahrb. f. Dogm. 60 S. 276 f. Manche Rechte haben, um derartiges zu vermeiden, besondere Bestimmungen, daß z. B. das Grundstück nur zu $1/2$ oder $2/3$ des Wertes zugeschlagen werden darf, z. B. Österreich. ExekutionsO. § 51 (Geringstes Gebot in diesem Sinne).

[2] Vgl. RG. 5. Dezember 1908 Entsch. freiw. Gerichtsb. X S. 53.

[3] RG. 18. Oktober 1911 Entsch. 77 S. 175, auch schon 3. Februar 1909 Entsch. freiw. Gerichtsb. X S. 57.

[4] Das Schweizer GB. a. 798 gestattet sie für Grundstücke, die in demselben Eigentum oder im Eigentum von Gesamtschuldnern stehen.

[5] Dies gilt natürlich nur für den Fall, daß ein Eigentümer sie auslöst, nicht für den Fall, daß jemand sie auslöst, der später Eigentümer wird, RG. 18. Oktober 1911 Entsch. 77 S. 149.

[6] Über die Hypothek für den Ersatzanspruch vgl. RG. 7. Dezember 1912 Entsch. 81 S. 72.

[7] Vgl. RG. 7. Dezember 1912 Entsch. 80 S. 83.

[8] Koban im Arch. f. b. R. XXIX S. 8.

langten Zuwachs[1]. Die sonstigen Versuche der Gesetzgebung, Gesetz vom 1. Juni 1909, haben sich als ziemlich unbrauchbar erwiesen; der 2. Abschnitt dieses Gesetzes, §§ 9—67, ist erst nach „landesherrlicher Verordnung" einzuführen und wird voraussichtlich ein toter Buchstabe bleiben.

§ 48. Die Ausübung des Hypothekenrechts geschieht durch Verwertung der Sache. Diese kann Sachverwertung und Gebrauchsverwertung sein. Erstere geschieht durch Zwangsversteigerung, letztere durch Zwangsverwaltung. Beides kann miteinander verbunden werden. Die Zwangsverwaltung hat den großen Vorzug, daß die Sache als nutzbare Sache sofort dem Schuldner entzogen wird, so daß nunmehr auch sofort eine Beschlagnahme der Früchte und der Miet- und Pachtzinsen stattfindet (§§ 1121, 1123 f. BGB., §§ 21, 148 ZVG.). Irgendwelche Vorausverfügung über solche Miet- und Pachtzinsen kann dem Gläubiger nicht schaden, außer soweit sie auf das Kalendervierteljahr zur Zeit der Beschlagnahme und das nächstfolgende Kalendervierteljahr gerichtet ist (§ 1124 BGB.): denn zwei Kalendervierteljahre müssen stets dem gegenwärtigen Mieter oder Vermieter zur Verfügung stehen[2]. Die Zwangsverwaltung kann als eine Art von Nutzpfand gelten; Grundstücksantichrese haben wir leider nicht[3].

b) An beweglichem Vermögen.

§ 49. Das Pfand an beweglichen Sachen ist im Gegensatz zum obigen stets akzessorisches Sicherungspfand mit Vorrückungsrecht; es ist ferner nach dem bürgerlichen Recht stets Faustpfand, d. h. es setzt stets Besitzübergabe voraus, so daß der Pfandgläubiger nicht nur Besitzer werden, sondern auch Besitzer bleiben muß, solange er pfandberechtigt sein will; es genügt aber, wenn sich die Sache im Verschluß beider Teile, des Pfandgläubigers und des Eigentümers, befindet (§ 1206 BGB.)[4].

Der Grundsatz „Hand muß Hand wahren" gilt wie bei dem Eigentum § 1207 BGB. Die Verwertung eines solchen Pfandrechts kann auf dem Wege der Zwangsvollstreckung oder durch öffentliche Versteigerung, welche der Pfandgläubiger veranlaßt (Pfandverkauf), geschehen[5]. Öffentliche Versteigerung ist eine Versteigerung, bei welcher ein Versteigerungsbeamter die Sache dem allgemeinen Publikum zum Verkauf bietet; wer Versteigerungsbeamter ist, besagen die Landesgesetze; der Gerichtsvollzieher ist es jedenfalls (§ 383). In Preußen sind insbesondere auch, wo Dorfgerichte bestehen, die Dorfgerichte hierzu befugt (mit allgemeiner amtsgerichtlicher Ermächtigung), Art. 109 Preuß. AG. zu GFG., ferner Notare, Gerichtsschreiber (Art. 31, 38 ebenda).

Voraussetzung für die Gültigkeit des Pfandverkaufs ist, daß die Forderung fällig ist, daß nur so viel Sachen versteigert werden, als zur Befriedigung nötig, und daß die Versteigerung nach öffentlicher Bekanntgabe stattfindet (§ 1243 BGB.). Handelt es sich um Sachen mit Markt- oder Börsenpreis, dann kann an Stelle der öffentlichen Versteigerung auch der Verkauf unter der Hand treten, nur muß er durch einen Versteigerungsbeamten oder einen hierzu ermächtigten Handelsmäkler vollzogen werden[6].

---

[1] Über das Geschichtliche vgl. Polenske, Forschungen zur Bodenreform III S. 175 f. Vgl. auch Schweizer GB. a. 841.

[2] Im Falle der Zwangsversteigerung ohne Zwangsverwaltung bleibt der Subhastat Herr der Mietszinsen, und man nimmt an, daß er noch über das laufende und das künftige Quartal darüber verfügen kann. Dies hat sich als schrecklicher Übelstand erwiesen (unten S. 110); hierüber erging auch eine Eingabe der Ältesten der Kaufmannschaft zur Änderung des § 21 ZVG., Z. f. Rechtspflege in Bayern VIII S. 279. Eine gesetzliche Änderung steht bevor.

[3] Trotz meines Anratens (Pfandrechtl. Forschungen S. 250, 256) hat man die Antichrese an Grundstücken in das BGB. nicht aufgenommen. Man hilft sich jetzt durch einen fiduziarischen Nießbrauch; vgl. Kammergericht 28. Februar 1907 Mugdan XV. S. 370, RG. 3. 2. 1908 Entsch. 67 S. 378.

[4] Es genügt dagegen nicht, wenn der Pfandgläubiger oder Treuhänder den Schlüssel zum Warenlager hat, dieses morgens öffnet und abends schließt, RG. 24. Juni 1911 Entsch. 77 S. 202, jedoch hat man die Verpfändung durch Übergabe an den Prokuristen des Schuldners als genügend erkannt, sofern dieser der Treuhänder des Gläubigers sein soll, RG. 13. März 1908 Entsch. 67 S. 421.

[5] So auch schon die italienischen Statuten, z. B. die Kaufmannsstatuten von Bologna 1550 c. 43: e se fra il termine (von 15 Tagen) di detta denonciatione il debitore non pagarà il debito . . . . possa il creditore vendere i detti pegni; ferner Centi (1607) I 56: liceat creditori habenti res obligatas denuntiatione facta debitori ut debitum solvat et pignora luat . . . vendere ipsa pignora.

[6] Die Ermächtigung erfolgt in Preußen durch die Handelskammer bzw. den Regierungs-

Bei der Pfandversteigerung sollen noch andere Vorschriften beachtet werden: insbesondere soll sie dem Eigentümer der Sache einen Monat vorher angedroht werden; bei Handelssachen genügt eine Woche (§ 1234 BGB., § 368 HGB.). Wird eine derartige Bestimmung nicht gewahrt, so ist die Versteigerung zwar gültig, aber der Gläubiger wird schadenersatzpflichtig (§ 1243).

Zum Eigentumserwerb des Steigerers nach dem Satze „Hand muß Hand wahren" genügt es, daß die Versteigerung oder sonstige Veräußerung in öffentlicher oder quasiöffentlicher Form erfolgte, § 1244[1].

Die Verfallklausel (lex Commissoria), wonach ein nicht eingelöstes Pfand dem Pfandgläubiger zum Eigentum verfallen soll, ist ausgeschlossen, § 1229 BGB.; vgl. a. 894 Schweizer GB.

Das Pfandrecht erlischt, wenn es sich mit dem Eigentum in einer Hand vereinigt, sofern nicht der Pfandgläubiger ein Interesse an dem Weiterbestehen hat, wie z. B. wenn hinter ihm ein zweiter Pfandgläubiger steht, der nun aufrücken würde, § 1256 BGB.[2].

Es geht über mit der Zession der Forderung, und der Zessionar kann die Herausgabe der Pfandsache begehren; doch haftet der bisherige Pfandgläubiger dem Pfandbesteller wie ein Bürge für die Erhaltung des Pfandes (actio pigneraticia directa), §§ 1250, 1251. Vgl. auch § 838 ZPO.

§ 50. Ein gesetzliches Pfandrecht hat der Vermieter an den eingebrachten Sachen, die im Eigentum des Mieters stehen, für die gegenwärtigen Mietsansprüche, auch für die künftigen, soweit es sich um den Mietszins für das laufende und folgende Mietsjahr handelt. Hat der Vermieter mit dem Mietspreis länger als ein Jahr gewartet, so kann er wegen der vergangenen Zeit sein Pfandrecht zwar gegenüber dem Mieter geltend machen, muß aber gegen einen sonstigen pfändenden Gläubiger zurückstehen, § 559 f. Eine durch Mietrücken aus dem Grundstück entfernte Sache kann der Vermieter innerhalb eines Monats von Kenntnis an verfolgen und in seinen Besitz bringen, § 561. Bei dem Verpächter eines landwirtschaftlichen Grundstückes erstreckt sich das Pfandrecht auch auf die Früchte des Grundstückes, auch gilt die obige Jahresfrist nicht, § 585. Ein gesetzliches Pfandrecht hat der Gastwirt nach § 704. Ein gesetzliches Pfandrecht entsteht endlich bei dem Werkvertrag an den vom Unternehmer oder Werksteller erarbeiteten oder verbesserten Sachen, § 647.

Der Grundsatz „Hand muß Hand wahren" in der Art, daß der Berechtigte auch ein Pfandrecht an fremden Sachen erwirbt, wenn er sie für die eigenen des Vermieters oder Bestellers hielt, gilt hier nicht[3]; er gilt so wenig, daß auch der Eintritt einer dem Eigentum des Mieters angehängten auflösenden Bedingung dem gesetzlichen Pfandrecht gegenüber geltend gemacht werden kann[4].

§ 51. Zum Pfandrecht an einer Forderung gehört Pfandvertrag und Anzeige an den Drittschuldner, § 1280. Im regelmäßigen Lauf der Dinge hat der Drittschuldner an beide zu zahlen, welche dann gegenseitig gehalten sind, den Erlös mündelsicher anzulegen, so daß an der Anlage der Eigentümer Eigentum, der Pfandgläubiger Pfandrecht erhält. Ist aber der Anspruch des Pfandgläubigers fällig, so hat dieser die Befugnis, die Forderung vom Drittschuldner so weit einzutreiben, als sein Anspruch reicht, und mit dem Erlös sich zu befriedigen, §§ 1281, 1282, 1288 BGB.[5]. So verhält es sich auch mit dem Pfandrecht an einem Gesellschaftsteil, das nichts

---

präsidenten (Art. 13 AG. zum BGB.). Die Kursmakler sind ohne weiteres reichsrechtlich ermächtigt kraft § 34 Börsengesetzes (Art. 14 EG. zum HGB.).

[1] Wegen der Sachmängel gilt § 461 BGB. Vgl. darüber Rebinger, Der nichtrechtmäßige Pfandverkauf, S. 23 f.

[2] Daher ist es möglich, an der eigenen Sache ein Pfändungspfandrecht zu begründen, wenn hierfür ein Interesse spricht, z. B. weil der Schuldner im Besitz der Sache ist; vgl. RG. 17. April 1912 Entsch. 79, 242.

[3] Anders im Handelsrecht § 366 HGB. für das Pfandrecht des Kommissionärs, Spediteurs, Frachtführers und Lagerhalters. Für die Bejahung bei dem Pfandrecht des Bestellers vgl. Neubecker in Grünhut XXXVI S. 45 f.

[4] R. Fuchs im Arch. f. b. R. XXXIV S. 368 f., 431 f.

[5] Das Pfandrecht bleibt auch bestehen, wenn Gläubiger und Drittschuldner zusammenfallen; in diesem Fall behält der Pfandgläubiger gegen den Drittschuldner als Drittschuldner seine Ansprüche; vgl. Thal, Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit (1905) S. 196 f., der mit Recht auf §§ 226 und 397 HGB. verweist.

anderes ist als ein Pfandrecht an den künftigen Ansprüchen und an den Gewinnanteilen [1]. Zur Verpfändung eines Hypothekenbriefes, d. h. einer Hypothekenforderung mit der ihr anhängenden Hypothek gehört schriftliche Form und Übergabe des Hypothekenbriefes, §§ 1154, 1274 [2].

Das Pfandrecht an einem Wechsel ist ein Eigentümerpfand, sofern der Wechsel durch Indossament übertragen wird: der Pfandgläubiger hat daher volle Eigentümerrechte und ist nur schuldrechtlich verpflichtet, sich innerhalb der Schranken der pfandrechtlichen Zwecke zu halten, § 1294 BGB.; dem ist genügt, wenn der (Quasi) Pfandgläubiger nach Fälligkeit seiner Forderung das Papier durch einen Makler dem Börsenverkauf überläßt und es zu diesem Zweck indossiert. (Vgl. jedoch jetzt Haager WechselO. a. 18).

Bei der Verpfändung von Aktien behält der Eigentümer das alleinige Stimmrecht und kann es nicht übertragen [3].

§ 52. Die ganze Lehre vom Mobiliarpfand ist mangelhaft. Es ist ein dringendes Bedürfnis vorhanden, die Verpfändung eines Inventars auch ohne Übergabe zu ermöglichen, weil dieses sonst dem Gebrauch des Schuldners entzogen wird. Einstweilen hilft man sich mit Pfändung und Pfändungspfandrecht (weil hier Versiegelung und Stempelung genügt) oder mit Kauf auf Widerkauf oder Sicherungsübereignung [4].

Auch ein ganzes Handelsunternehmen, Zeitungsunternehmen u. dgl. muß verpfändbar sein. Wichtige Ansätze dazu bietet das heutige französische Recht, nämlich Gesetz vom 1. März 1898 (Zusatz zu a. 2075), welches sodann durch das ausführliche Gesetz vom 17. März 1909 (und 1. April 1909) ersetzt wurde: durch diese Gesetze wurden der Verkauf und die Verpfändung von Handelsunternehmungen neu geregelt. Neuerdings erging auch ein Gesetz vom 8. August 1913 über die Hotelverpfändung. Schon früher bestand ein Gesetz über den warrant agricole vom 18. Juli 1898, welches durch Gesetz vom 30. April 1906 ersetzt worden ist [5]. In Deutschland hat man einstweilen durch Sicherungsübereignung des Warenlagers helfen wollen: der Kaufmann überträgt sein Warenlager zu Eigentum, behält es aber im Besitz und behält sich das Recht vor, die einzelnen Waren im Bereich des kaufmännischen Verkehrs zu veräußern. Anstatt dieses von der Praxis dringend begehrte Hilfsmittel zu unterstützen, hat man es aus lediglich formalistischen Gründen für unwirksam erklärt [6].

Zweiter Abschnitt.

Rechte an unkörperlichen Gegenständen.

1. Rechte an der Elektrizität.

§ 53. Die Elektrizität ist keine Sache, sondern eine Kraft, welche imstande ist, eine Ätherbewegung zu erregen und sie fortzupflanzen. Wenn man behauptet hat, daß Kraft überhaupt

[1] RG. 14. Januar 1908 Entsch. 67 S. 331.

[2] RG. 20. März 1912, Warneyer Ergänzung 1912 S. 300. Vgl. auch OLG. Kolmar 11. Januar 1910 Zeitschr. f. Elſ. Lothr. **35** S. 595.

[3] Trib. Neapel 6. August 1908 und dazu Lucci in der Riv. di Dir. comm. VIII p. 88

[4] Daß die Sicherungsübereignung gesetzlich nicht unzulässig ist, ergibt sich aus § 223 BGB. Vgl. auch RG. 22. Oktober 1910 Warneyer Jahrb. 1910 Ergänzung Nr. 404 und die dort zit. Entsch., RG. 16. Februar 1912 Warneyer 1912 Nr. 213, auch RG. 22. April 1904 JW. 1904 S. 355. Daß sie im Altertum, im hellenistischen und römischen Rechte häufig war, ist bekannt. Vgl. Rabel, SavignyZ. (Rom.) XXVIII S. 351 und Kübler in den Mélanges Girard (zu Cicero pro Caecina § 11).

[5] Vgl. Goldschmidt, Arch. f. b. R. XXX S. 315.

[6] RG. 3. Januar 1903 Deutsche JurZ. VIII S. 153 und 22. Oktober 1910 Warneyer Jahrb. 1910 Ergänzung Nr. 404, sodann OLG. Karlsruhe 11. November 1909 Bad. Rechtspraxis XII S. 177. Der Hauptgrund ist der, es fehle an einem richtigen Besitzeskonstitut, da der Sicherungsübereigner in kein Rechtsverhältnis trete, welches nach §§ 930, 868 BGB. einen mittelbaren Besitz des Erwerbers begründete. Dagegen hat man mit Recht geltend gemacht, daß er einen kommissionsartigen Besitz erwerbe; und wenn er nicht Kommissionär ist, um für den Auftraggeber zu veräußern, warum soll er nicht Kommissionär sein, um in seinem Interesse zu veräußern? Sind wir solche Formalisten, daß uns eine derartige Modifikation als unzulässig erscheint? Unrichtig Höniger, Sicherungsübereignung (1911) S. 4 f. Richtiger Düringer, Leipziger Z. II S. 96 f. Die Verpfändung eines Zeitungsunternehmens erklärt als unwirksam RG. 17. Januar 1908 Entsch. 68 S. 49: höchst formalistisch und den Lebensbedürfnissen widersprechend!

nur eine Abstraktion, nicht eine Wirklichkeit sei, so beruht dies auf einem Verstoße gegen die logische Betrachtungsweise; denn selbstverständlich ist jeder Begriff Abstraktion, Kraft sowohl wie Stoff; aber der Abstraktion liegt eben ein objektiv Seiendes zugrunde. Ein Schutz dieser Kraft muß schon nach bürgerlichem Rechte anerkannt werden; denn die Kraft ist ein Arbeitsergebnis, das keiner dem anderen entziehen darf, §§ 823, 826 BGB.[1].

Die Elektrizität ist ein Kraftgegenstand, an welchem jemand ein eigentumsähnliches Recht haben kann, das zutreffend als Kraftberechtigung zu bezeichnen ist, und zwar ist hier ein Vollrecht wie ein Teilrecht möglich: es ist möglich, daß an solchem Kraftzentrum ein Nießbrauch, ein Pfandrecht besteht. Natürlich kann auch die Leistung einer solchen Kraftberechtigung Gegenstand eines Schuldrechtes sein, indem jemand zur Lieferung der Kraft verpflichtet ist, sei es einseitig, sei es gegenseitig.

Besonders wichtig sind die Pachtverträge, welche mit einer Elektrizitätsgesellschaft abgeschlossen werden, wenn diese sich verpflichtet, kontinuell, oder in bestimmten Zwischenräumen Kraft zu liefern, wovon später S. 118 zu handeln ist.

Die Übertragung der Kraft geschieht durch Einigung und durch Übergabe, d. h. durch Verbringen in die Herrschaftssphäre des Empfängers.

Von besonderer Bedeutung ist bei Elektrizität das Nachbarrecht. Elektrische Ströme beeinflussen einander: es kann auf diese Weise der eine elektrische Strom den anderen ganz unwirksam machen, möglicherweise kann er auch wegen der vagierenden Wellen sonst schlimme Verheerungen anrichten. In dieser Beziehung muß folgendes gelten: wenn eine Einrichtung besteht und daraufhin eine elektrische Leitung gelegt wird, so muß die nachfolgende elektrische Leitung so gestaltet werden, daß sie möglichst wenig die erstere beeinträchtigt, denn die erstere hat natürlich ein gewisses Vorrecht. Die Gesetzgebung muß aber weiter gehen und bestimmen, daß ein jeder auch bei späterer Anlage des Stromes verlangen kann, daß auf seine Kosten die bisherigen Anlagen mit solchen Schutzvorkehrungen versehen werden, welche die Neuanlage ermöglichen; vorausgesetzt natürlich, daß daraus nicht zu große Störungen erwachsen[2].

2. Rechte an Ideen (Immaterialgüterrecht).

§ 54. Sie scheiden hier aus, da sie zum Gegenstand besonderer Darstellung gemacht sind.

C. Schuldverhältnisse.

I. Allgemeiner Teil.

1. Grundgedanken.

§ 55. Im Schuldrecht folgt die deutsche Gesetzgebung dem neuzeitlichen System. Alle Erinnerungen an die ehemalige Haftung oder Geiselschaft des Schuldners, wonach dieser mit Leib, Leben, Ehre und Seelenheil einstand, sind dahin, und auch ein Personalarrest des Schuldners findet nur zu negativem Zwecke statt, um ihn zu verhindern, die vollstreckende Tätigkeit des Gläubigers zu durchkreuzen (§ 918 ZPO.). Das Schuldverhältnis ist daher eine Verpflichtung und eine reine Verpflichtung, bei deren Nichterfüllung allerdings die öffentliche Gewalt sich auf Person und Vermögen legt: sie sucht ihn zu zwingen, das zu tun, auf was die Obligation geht. So kann allerdings noch die Person angegriffen werden, aber nicht, um aus ihr einen Wertbetrag herauszuziehen, sondern um sie zu einem Handeln oder Unterlassen zu zwingen; bei einem Handeln gilt dies aber nur dann, wenn das Handeln nicht als Arbeit, sondern

[1] Vgl. auch Kloeß, Arch. f. civ. Prax. **103** S. 74 f.; Pfleghart, Elektrizität als Rechtsobjekt (1900) I S. 50 f. Über den technischen Begriff der Bewegungsenergie vgl. Friedrich Kohlrausch, Energie oder Arbeit, (1900) S. 20 f.

[2] Teilweise sind diese Postulate erfüllt im deutschen Telegraphenweggesetz vom 18. Dezember 1899 §§ 5 und 6. Vgl. darüber RG. 29. Januar 1912 Entsch. 78 S. 223, 228; RG. 18. Januar 1913 Entsch. 81 S. 216. Vorzüglich Schweizer Gesetz 24. 6. 1902 a. 3, 17, 31 und BundesratsB. 7. 7. 1899.

als müheloses Handeln aufzufassen ist, denn Arbeit soll nicht durch Rechtszwang abgepreßt (§ 888 ZPO.), der Mensch soll nicht verknechtet werden [1].

§ 56. Gewöhnlich ist es einem jeden gestattet, Verträge abzuschließen oder nicht. Doch kann jemandem die Verpflichtung obliegen, einen Vertrag einzugehen kraft eines früheren Vertrages, in welchem er sich hierzu anheischig gemacht hat. Der Vertrag, welcher auf solche Weise zu weiterem Vertrag verpflichtet, heißt Vorvertrag.

Außerdem kann aber jemand auch allgemein gehalten sein, Verträge abzuschließen, in der Art, daß, wenn er es nicht tut, er nicht nur dazu gezwungen, sondern auch wegen Verweigerung für schadenersatzpflichtig erklärt werden kann. Das ist der Fall des sogenannten Kontrahierungszwanges. Wo immer Anstalten gegründet werden, unter ausdrücklicher oder stillschweigender staatlicher Zustimmung, um gewisse Anforderungen des Publikums in einem bestimmten Kreise zu befriedigen, und wo dann für jedermann aus dem Publikum bestimmte gleichmäßige Preise festgesetzt werden, darf keiner der Leistungsverlangenden hinter dem andern benachteiligt und darf keiner zurückgewiesen werden, so lange er sich den allgemeinen Bedingungen fügt, und solange die Einrichtung der Anstalt ausreicht, um der Nachfrage zu entsprechen. Dies gilt von den Transportanstalten, welche speziell für die Beförderung des Publikums begründet sind, also den Omnibussen, Eisenbahnen, Pferdebahnen; es gilt aber auch von anderen, den Zwecken des allgemeinen Publikums bestimmten Anstalten, z. B. einer Gasanstalt, einer elektrischen Anstalt und ähnlichem. Auch Theater- und Konzertunternehmungen, sofern sie sich an die Öffentlichkeit und nicht etwa an eingeladene Gäste richten, sind hierher zu zählen. Wer solche Vorteile vom Publikum hat, soll auch dem Publikum dienen. Einen anderen Fall bieten die sogenannten Tarifverträge: hat ein Unternehmer mit Vertretern einer organisierten Arbeiterschaft bestimmte Tarife vereinbart, so ist von selbst anzunehmen, daß Verträge mit Mitgliedern jenes Arbeiterverbandes nur unter diesen Bedingungen abgeschlossen werden dürfen [2].

Sonst ist im Schuldrecht das große Prinzip der Individualisation der Menschen siegreich durchgeführt. Großenteils entspringen die Schuldverhältnisse dem menschlichen Verkehr, und der menschliche Verkehr ist frei. Sie entstehen im Verkehr aus Rechtsgeschäften, vor allem aus Verträgen, und das Wesentliche des Vertrags im Schuldrecht liegt darin, daß eine Übereinstimmung beider Teile vorliegt über eine zwischen ihnen zu begründende Pflichtbeziehung. Auf diese Weise wird vieles in die Willkür der Parteien gestellt: der Schuldner bindet sich, der Gläubiger nimmt die Bindung an. Daß hierzu beide Teile mitwirken müssen, ist begreiflich, auch der Gläubiger; denn zu allen Zeiten ist die Persönlichkeit das höchste der Erdengüter gewesen: daher der Satz, daß eine Verpflichtungserklärung den Schuldner nur bindet, wenn der Gläubiger sie angenommen hat, also ein Vertrag zustande gekommen ist, denn nicht jede übernommene Schuld würde dem Gläubiger genehm sein, § 305 BGB.

Der Vertrag verlangt also Angebot und Annahme. Dies führt aber zu folgender Schwierigkeit [3]: der Vertragsabschluß findet nicht immer Schlag auf Schlag statt: dies ist nur dann möglich, wenn beide, sei es in persönlicher Anwesenheit, sei es durch Ferngespräch zueinander in unmittelbarem Verhältnis stehen, so daß Rede und Gegenrede einfach aufeinander folgen kann. Hier ist es nicht notwendig, den Antragsteller länger als für einen Moment zu binden, so lange bis der andere ihm Antwort geben kann; will er sich länger binden, weil der andere noch Überlegungsfrist haben will, so ist es seine Sache, den Antrag in dieser Weise zu modifizieren. Anders ist es, wenn beide Teile nicht mit Rede und Gegenrede einander gegenüber stehen, so bei dem Vertrag unter Abwesenden, auch wenn telegraphischer Vertragsabschluß stattfindet: denn hier geht nichts direkt vor sich, sondern es müssen Mittelglieder eingeschoben werden. Will man hier die Ver-

[1] Eine Ausnahme gilt von den Strafgefangenen; daß aber auch bei diesen das Persönlichkeitsrecht zu beachten und ihnen nicht mehr aufgelegt werden darf, als dem Strafzweck entspricht, darüber vgl. Lanzke in Goltd. Arch. 61 S. 4 f.

[2] Vgl. RG. 20. Januar 1910 Entsch. 73 S. 92. Vgl. mein Werk: Recht und Persönlichkeit S. 97.

[3] Lehrbuch I S. 546 f. Über die Besonderheit der Auslobung, § 657 f. BGB. und Zwölf Studien zum BGB. II S. 44 f. Die Behauptung, welche der Auslobung den Vertragscharakter abspricht, beruht auf einer so altbürgerlichen Vorstellung von der Vertragsnatur, daß darauf nicht eingegangen werden kann. Gegen Altbürgerlichkeiten streiten ist ebenso überflüssig, wie wenn man die Liebhaber der alten Postkutsche vom besseren überzeugen wollte.

träge auf gesunde Basis stellen, so kann es nicht anders geschehen, als indem man den Antragenden eine Zeitlang als gebunden erklärt, so lange nämlich, als anzunehmen ist, daß sich der Antrag unterwegs befindet, und auch dann noch, so lange als man unterstellen kann, daß eine etwaige Antwort im ordentlichen Lauf des Verkehrs an den Antragsteller zurückgelangt. Allerdings muß dabei noch folgendes in Betracht gezogen werden: wenn jemand eine Erklärung abgesandt hat und eine Contreorder folgen ließ, so wird die eine Erklärung die andere aufheben, aber nur dann, wenn die Contreorder mindestens gleichzeitig eintrifft. Hat also A. ein Angebot brieflich abgesandt und telegraphisch widerrufen, so wird es durch den telegraphischen Widerruf rückgängig gemacht, vorausgesetzt, daß dieser noch vor dem Brief oder mindestens gleichzeitig eintrifft; und ebenso verhält es sich mit einer Annahmeerklärung. Wenn aber der Brief vorher eintrifft, so ist der Widerruf wirkungslos: der Antrag ist erfolgt, und er ist während der ganzen oben bezeichneten Zeit annahmefähig. Möglich ist allerdings noch der Fall, daß die Annahme richtig abgesandt ist, aber verspätet ankommt. Dann ist eigentlich der Antragsteller nicht mehr gebunden, denn, wenn die verfügbare Zeit ohne Annahmeempfang verstrichen ist, so ist er von aller Gebundenheit gelöst. Doch hat man eine Milderung eingeführt, welche sich von selber rechtfertigt. Wenn nämlich der Antragsteller in solchem Falle erkennen mußte, daß die Annahme rechtzeitig abgesandt, aber verspätet angekommen ist, so hat er sofort nach Empfang dem anderen Teil von dieser Verspätung Mitteilung zu machen, mit dem Bemerken, daß er nicht mehr gebunden ist: sonst würde die rechtzeitig abgesandte, aber verspätet angekommene Annahme wirksam werden. So die Bestimmungen des § 145 f. des BGB.; sie sind gut und entsprechen fast vollkommen demjenigen, was früher das Handelsrecht verordnet hatte.

Von dem Satze, daß Verkehrsgeschäfte sich durch Angebot und Annahme vollziehen, gibt es aber Ausnahmen. Unter Umständen können Schulden auch durch einseitige Erklärung des Schuldners geschaffen werden, sogenannte Schuldschöpfung (Kreation), deren hauptsächliche Anwendung in den Inhaber- und Orderpapieren liegt. Außerdem gibt es Fälle, wo es, sobald ein Vertragsverhältnis besteht, dem einen Vertragsgenossen möglich ist, durch einseitige Rechtshandlung (Kündigung usw.) in das Verhältnis einzuwirken. Die am meisten durchgearbeitete Form hat dieser Gedanke in den Arbeitsordnungen gefunden, die dem Gewerberecht angehören, von denen noch S. 75 zu sprechen sein wird.

§ 57. Im übrigen ist bezüglich der Form und des Inhalts der Verträge fast alles freigegeben. Weder Form noch Schablone hat das moderne Recht aufrecht erhalten, und die Fälle, in denen schriftliche oder gar notarielle Abfassungen erforderlich sind, bilden seltene Ausnahmen. Schriftliche Abfassung ist beispielsweise notwendig[1], wenn ein Mietverhältnis über ein Jahr bindend abgeschlossen werden soll (§ 566 BGB.). Schriftliche Abfassungen sind im Gewerberecht vorgeschrieben, so für den Lehrvertrag, zwar nicht bei Nichtigkeit, wohl aber bei Geldstrafe und sonstigen Nachteilen (§§ 126 b, 150 Z. 4 a, 127 d, 127 f GewO., auch § 79 HGB.). In einigen Fällen muß mindestens der Schuldner seine Erklärung schriftlich abgeben, so im Falle der (Nichthandels-)Bürgschaft (§ 766 BGB., aber auch § 350 HGB.), des abstrakten Schuldversprechens und der Schuldanerkennung (§§ 780, 781 BGB., aber auch § 350 HGB.) des Leibrentenvertrags (§ 761). Beim Schenkungsversprechen muß der Schenker seine Erklärung notariell zum Ausdruck bringen (§ 518 BGB.), ebenso bei der Übertragung des ganzen gegenwärtigen Vermögens oder eines Bruchteils, § 311[2].

[1] Über den § 126 ist manches streitig. Die Unterschrift (Unterzeichnung) kann zeitlich vor der übrigen Urkunde geschrieben werden, RG. 2. Dezember 1911 Entsch. 78 S. 26. Es genügt ferner, wenn der Vertreter mit dem Namen des Vertretenen unterzeichnet, obgleich diese Art des Vorgehens nicht eben empfehlenswert ist. So auch OLG. Breslau 25. April 1901 Mugdan II S. 389, OLG. Königsberg 8. November 1901 ebenda IV S. 209 und RG. 21. Dezember 1901 Entsch. 50 S. 51. Die Unterschrift muß sich auf einen Schriftstück befinden, welches die wesentlichen Rechtsgeschäftsbestandteile enthält; die Verweisung auf eine nicht unterschriebene Anlage kann nur dann genügen, wenn die Anlage eine papiermäßige oder durch Versiegelung hergestellte Einheit mit dem unterschriebenen Schriftstück bildet. Vgl. auch RG. 8. März 1904 Entsch. 57 S. 258 und 12. Dezember 1907 Entsch. 67 S. 204, auch 29. November 1904 Entsch. 59 S. 245, OLG. Stuttgart 12. Mai 1911 Mugdan 23 S. 52.

[2] Im Falle des Schenkungsversprechens wird der Mangel der Form durch Erfüllung geheilt, im Falle des § 311 nicht, RG. 11. November 1910 Entsch. 76 S. 1, OLG. Marienwerder 9. Oktober 1908 Mugdan XVII S. 376. — Weitere Bestimmung Auswand.Ges. 9. Juni 1897 § 22 u. a.

Eine besondere Bestimmung, allerdings sehr anfechtbarer Art, enthält der § 313 über die Verträge, welche eine Partei zur Grundstücksübereignung verpflichten. Das Versprechen einer solchen Eigentumsübertragung, ja, nicht nur das Versprechen, sondern der ganze Schuldvertrag, also Versprechen und Annahme, muß gerichtlich oder notariell erfolgen. Die Bestimmung paßt nur als Fürsorge für die Landbevölkerung; denn im übrigen liegt durchaus kein genügender Grund vor, den Unterschied zwischen beweglichem und unbeweglichem Vermögen auch heute noch in dieser Weise hervortreten zu lassen. Auch kann die Bestimmung im Leben wenigstens tatsächlich dadurch umgangen werden, daß man einem Dritten eine formlose Vollmacht zum Vertragsabschluß gibt, der dann einen solchen Vertrag notariell oder gerichtlich abschließt; zwar kann die Vollmacht widerrufen werden, aber dies hat doch tatsächlich einige Schwierigkeiten, zumal in den Lebensgebieten, welche durch eine solche Bestimmung gesichert werden sollen; die Vollmacht aber bedarf der Form des Geschäfts nicht (§ 167 BGB.)[1].

Eine Gestaltung in der Art allerdings, daß der Vollmachtswiderruf zum Schadenersatz verpflichtet, betrachtet man als unzulässige Umgehung des Gesetzes[2].

§ 58. Ist auf solche Weise der Wille mächtig, so ist er doch nicht allmächtig, und es ist eine große Aufgabe, die der neuzeitliche Rechtssinn mit Ernst erfaßt hat, die Schwachen in ihren Schuldverträgen gegen die Übermacht der besser Gestellten zu schützen. Es sind dies die sogenannten sozialen Bestimmungen des BGB. und der das Gesetzbuch ergänzenden GewO. Nicht nur ist der Begriff des unsittlichen Vertrages weiter ausgedehnt, als es bisher der Fall war, nicht nur wird der Wucher mit der Ungültigkeit des Geschäfts bedroht (§ 138 BGB.), sondern in einer Reihe von Fällen werden Vertragsbestimmungen, die das Gesetz als dem Interesse einer Bevölkerungsklasse widersprechend erkennt, für unwirksam erklärt. Schon von alters her galt die Bestimmung, daß ein Dienstvertrag nicht auf Lebenszeit abgeschlossen werden darf; heutzutage gilt der Grundsatz, daß, wenn fünf Jahre umlaufen sind, jedenfalls ein Kündigungsrecht besteht (§ 624 BGB.). Sozial ist ferner die vorzügliche, dem gemeinen Recht widerstrebende Bestimmung, daß das Mietverhältnis über einen Menschenwohnraum wegen Gesundheitsgefährdung gekündigt werden kann, auch wenn die Beschaffenheit der Wohnung beim Abschluß bekannt war: der Mieter hat nicht das Recht, seine und der Seinigen Gesundheit durch vertragsmäßige Bindung preiszugeben (§ 544 BGB.)[3]. Namentlich aber hat der Dienstvertrag neue und wichtige Bestimmungen angenommen: dem römischen Rechte galt er als etwas Nebensächliches, heutzutage gehört er zum allerwichtigsten, denn er vermittelt die

[1] Auch in anderer Weise sucht man der Bestimmung zu entgehen: A. verkauft ein fremdes Grundstück und bringt die Genehmigung des Eigentümers bei: das Geschäft sei gültig; § 313 beziehe sich nur auf den Verkauf des eigenen Grundstücks, die Genehmigung aber (§ 185) bedarf keiner Form (oben S. 39)! RG. 26. April 1912 Entsch. 79 S. 282. Sodann soll das bloße pactum de emendo (ohne pactum de vendendo) keiner Form bedürfen, RG. 18. Dezember 1912 Entsch. 81 S. 134. Vgl. hierüber auch Neubecker, Z. f. Rechtspflege in Bayern 1906 Nr. 22. Anderseits nimmt man an, daß sich § 313 auch auf den Vorkaufsvertrag bezieht, RG. 5. November 1907 Entsch. 67 S. 42, anders RG. 4. März 1905 Entsch. 60 S. 225. Ferner glaubt man, daß die notarielle Fassung nicht nur für den Hauptvertrag nötig ist, sondern eine Voraussetzung der Gültigkeit für alle Nebenvereinbarungen bildet, vgl. OLG. Dresden 3. Januar 1902, Königsberg 8. Februar 1902 Mugdan IV S. 207, 208; auch für Änderungen, z. B. Änderungen des Auflassungstermins, RG. 10. Dezember 1910 Entsch. 76 S. 33.

[2] RG. 5. Februar 1902 Entsch. 50 S. 168. Auch sonst wird folgendes aufgestellt: wenn beide sich vertragsmäßig verpflichten, einer Person Vollmacht zur Übertragung eines Grundstückes zu geben und die Vollmacht nicht zu widerrufen, so sei nicht nur dieses Abkommen nichtig, sondern auch das ganze Vollmachtshandeln, weil die Vollmacht vom Geschäfte nicht zu trennen sei! RG. 12. April 1912 Entsch. 79 S. 212; vgl. auch RG. 5. Dezember 1912 Entsch. 81 S. 49. Ebenso wenn die Vollmacht nicht wirkliche Vollmacht ist, sondern der Bevollmächtigte nur als Bote handelt ohne eigene Initiative, RG. 28. April 1911 Entsch. 76 S. 182. Das Ganze ist wenig erfreulich; das lebhafte Streben des Rechtslebens, um die Bestimmung herumzukommen, zeigt ihre Unhaltbarkeit. Dagegen wehrt sich das RG.; aber was es tut, ist eine Sisyphusarbeit, die mit allem Scharfsinn viel schadet und nichts nützt.

[3] Doch darf dies nicht soweit ausgedehnt werden, daß der Mieter auch dann (ohne Entschädigung) kündigen dürfte, wenn er selbst durch sein Verschulden den ungesunden Zustand herbeigeführt hat, OLG. Hamburg 18. März 1901 Mugdan II S. 382: in diesem Fall kann er kündigen, er hat aber zu entschädigen.

kapitallose mit der kapitalbesitzenden Klasse, und seine richtige Gestaltung ist für die Versöhnung der sozialen Gegensätze von dem allergrößten Interesse. Eine der ersten Bestimmungen des neuzeitlichen Rechts ist, daß der Dienstherr die Verpflichtung hat, dafür zu sorgen, daß der Dienstleistende in seinem Dienste eine möglichst sichere und menschenwürdige Stellung hat. Dies gilt nach verschiedener Richtung hin: 1. Wenn die Arbeit gewisse Gefahren in sich birgt, wie namentlich die Maschinenarbeit, so ist er verpflichtet, diejenigen Vorkehrungen zu treffen, wodurch die Gefahren möglichst beseitigt werden, möglichst, d. h. soweit der industrielle Charakter der Unternehmung es erlaubt, § 618 BGB., § 62 HGB. und vgl. die Bestimmungen des Gewerbe- und Gewerbeversicherungsrechts.

2. Wenn mehrere Dienstleistende zusammen arbeiten, so sind die Maßregeln zu treffen, welche nötig sind, um, neben der Gesundheit, auch Anstand und Sittlichkeit zu erhalten.

3. Soweit der Dienstleistende auch außerhalb des eigentlichen Dienstes in Räumlichkeiten des Dienstherrn zu verkehren hat, ist dafür Sorge zu tragen, daß alles so geordnet ist, wie es Sittlichkeit und Gesundheit erheischen: insbesondere gilt dies dann, wenn der Dienstleistende mit dem Dienstherrn in häuslicher Gemeinschaft steht; hier muß der altdeutsche Grundsatz, daß der Dienstleistende mit an der Familienfürsorge teilnimmt, Platz greifen (§§ 617 BGB., 62 HGB.).

5. Die Verhältnisse einer Vielheit von Arbeitenden sind in einer gleichartigen Weise zu regeln, so daß sich die Arbeitenden als Mitglieder einer gerecht gestalteten Organisation fühlen. Daher hat der Gewerbetreibende eine Arbeitsordnung zu erlassen: diese ist eine einseitige, privatrechtliche Erklärung, welche Rechte und Pflichten begründet, und zwar ohne Rücksicht auf irgendwelche Annahme von anderer Seite; sie ist also keine Offerte, sondern eine einseitige Rechtshandlung; weshalb beispielsweise der Arbeiter auch dann gebunden ist, wenn er von der Arbeitsordnung gar keine Ahnung hatte, oder wenn er nicht wußte, daß die Arbeitsordnung verändert wurde. Anderseits wirkt die Arbeitsordnung ohne Rücksicht auf die festgesetzten Verträge: denn die Verträge gelten vorbehaltlich der gegenwärtigen oder künftigen Arbeitsordnungen.

Die in der Arbeitsordnung festgesetzten Strafen sind keine Vertragsstrafen, sie sind Strafen, die durch einseitige Erklärung angesetzt werden. Sie enthalten nicht, wie die Vertragsstrafen, eine vertragsmäßige Entschädigung, sondern sind wirkliche Schmerzstrafen zum Zwecke der Aufrechterhaltung der Disziplin, und die Berechtigung dazu, solche Disziplinarstrafen festzustellen, liegt in dem Privatrechtsverhältnis, welches eine gewisse Disziplin verlangt und darum auch die Mittel, diese Disziplin durchzuführen.

Die Meinung, als ob hier eine öffentlich-rechtliche Anordnung vorliege, beruht auf der irrigen Anschauung, als ob nicht auch in Privatrechtsverhältnissen dem einen der beiden Teile die Befugnis zur einseitigen Feststellung von Rechten und Pflichten übertragen werden könne. Das ist aber der Fall: andere Rechtsverhältnisse, insbesondere das Theaterrecht, bieten weitere Beispiele; denn kein Theater, kein Etablissement kann bestehen, ohne daß eine die Besucher bindende Ordnung gegeben wird; natürlich darf die Ordnung nicht über die Schranken einer gebührenden Regelung des Verhaltens hinausgehen, und Disziplinarstrafen sind nur möglich, wo, wie im Verhältnis zwischen dem Vorgesetzten und seinen Angestellten oder Arbeitern, ein Disziplinarverhältnis besteht.

Die Willkür des rechtsgeschäftlichen Verkehrs erleidet eine weitere Beschränkung; Rechtsgeschäfte, welche gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen, sind nichtig; aber noch mehr, auch solche Rechtsgeschäfte sind nichtig, welche gegen die guten Sitten verstoßen. Zwar ist nicht jede unsittliche Ausübung des Rechts verboten; dagegen kann man nicht durch unsittliches Handeln Rechte begründen oder erwerben[1].

Rechtsgeschäfte sind nichtig, wenn sie direkt gegen ein gesetzliches Verbot ver-

[1] Man spricht auch von relativer Nichtigkeit; dies ist aber nur Schein: in solchem Falle besteht das positive Recht eines Dritten, welches durch das Geschäft nicht gekränkt werden kann; so bei dem Veräußerungsverbot; Lehrbuch I S. 157. Vgl. auch Schachian, Relative Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte (1910), der „de lege lata“ anderer Ansicht ist (S. 198 f.); bei Schachian auch weitere Literatur; sodann Strohal, Relative Unwirksamkeit, S. 51 f., der zu einem ähnlichen System, dem System der von dem Dritten abhängigen aufschiebenden Bedingung gelangt.

stoßen. Dieser Grundsatz gilt als Regel. Fälle, wo das Gesetz eine sogenannte Lex minus perfecta ist, so daß das Verbot nur mittelbar durch Strafe oder in ähnlicher Weise wirksam ist, das Geschäft aber sonst seinen Erfolg hat, sind heutzutage Ausnahmen. Nur muß man hier zwischen Recht und Rechtsausübung unterscheiden: ein Geschäft verstößt nicht gegen das gesetzliche Verbot, wenn bei seiner Eingehung irgendetwas Gesetzwidriges stattfindet, sondern nur dann, wenn sein Inhalt gesetzwidrig ist. Es verstößt also beispielsweise nicht gegen ein gesetzliches Verbot, wenn ein Vertrag mit gestohlener Tinte geschrieben wird oder eine Vereinbarung kraft Hausfriedensbruchs in einer fremden Örtlichkeit stattfindet. Auch das verstößt nicht wider das Verbot, wenn etwa ein Kaufvertrag Sonntags gegen das gesetzliche Verbot abgeschlossen wird, denn alles dies betrifft den Inhalt des Geschäftes nicht. Anders wäre es etwa, wenn jemand bei einem Barbier sich ausbedingen wollte, daß er gegen das Verbot der Sonntagsruhe von ihm bedient, oder mit einem Handelshaus, daß ihm gegen das Verbot der Sonntagsruhe auch am Sonntag verkauft werden solle: ein derartiger Vertrag hätte einen gegen das Gesetz verstoßenden Inhalt; ebenso ein Vertrag dahingehend, daß man, ohne Rücksicht auf bestehende Verträge, Preise bestimmter Höhe verlangen wird [1].

Es kann aber ein Vertrag auch gegen das Gesetz mittelbar verstoßen, indem er zum Zweck hat, das Gesetz dadurch zu umgehen, daß er auf einem Umwege wirtschaftliche Folgen [2] herbeiführt, die das Gesetz als unerlaubt erklärt. Dies ist das Gebiet der sogenannten Umgehungsgeschäfte. Nicht selten nämlich ist aus dem gesetzlichen Zusammenhang ein Verbot zu entnehmen, nicht etwa bloß ein bestimmtes Geschäft abzuschließen, sondern ein Verbot, einen charakteristischen Kulturerfolg herbeizuführen. Wenn beispielsweise ein Gesetz verbietet, einem bestimmten Verein Vermögen zuzuwenden, so reicht das Verbot so weit, daß es auch nicht statthaft erscheint, einer vorgeschobenen Person Vermögen zu dem Zwecke zuzuwenden, damit sie es dem Verein mitteilt. Oder wenn das Gesetz gewissen Personen verbietet, zu kaufen oder bei Versteigerungen mitzuwirken, so ist es ihnen auch nicht gestattet, durch einen Strohmann zu kaufen; in § 456 des BGB. ist dies zum Überfluß ausgesprochen. Natürlich ist es immer eine Frage des einzelnen Falles, wie weit ein Gesetzesverbot reicht. Wenn beispielsweise die Gesetzgebung bestimmt, daß ein Pfand an beweglichen Sachen nur als Faustpfand zulässig sei, so könnte damit gesagt sein, daß eine derartige Bestimmung auch nicht durch Kauf auf Wiederverkauf umgangen werden könne; das Verbot kann aber möglicherweise allein das Pfandrecht betreffen, so daß anderweitige Sicherungsmaßnahmen, welche ohne Übergabe der Sachen stattfinden, den Parteien vorbehalten bleiben. Bei uns ist letzteres anzunehmen, schon darum, weil ein dringliches Bedürfnis dafür spricht; und die Gründe, welche die Gesetzgebung zur Aufhebung der Hypothek an beweglichen Sachen geführt haben, reichen nicht so weit, um auch diesen Fall zu treffen. Eine Umgehung liegt auch dann vor, wenn ein Arbeiter sich ausbedingt, daß nur 1500 Mark an ihn, der übrige Lohn an seine Frau bezahlt werden soll, wodurch dieses „übrige" den Gläubigern entzogen werden soll: der Arbeiter bekommt hierdurch die Vorteile dieses „übrigen" auf einem Umweg, entzieht es aber gesetzwidrig den Gläubigern [3].

Was endlich die gute Sitte betrifft [4], so ist diese nicht etwa identisch mit der Sitte im Sinne der gesellschaftlichen Konvention, sondern es ist Sitte im Sinne der Sittlichkeit gemeint, allerdings mit der Besonderheit, daß eine Verletzung des gesellschaftlichen Anstands dann als Verletzung der Sittlichkeit zu betrachten ist, wenn sie nicht durch höhere Gründe gerechtfertigt wird und wenn sie auf solche Weise dazu mitwirkt, die wahre Sittlichkeit zu untergraben. Natürlich kommt bei der Beurteilung der Sittlichkeit die Volksüberzeugung in Betracht, allein nicht die gemeine Volksüberzeugung, sondern die Überzeugung derer, welche in bezug auf die Sittlichkeit

[1] RG. 24. April 1912 Entsch. 79 S. 279.

[2] Wirtschaftliche Folgen im weiteren Sinne, im Sinne der dem Rechtsverkehr zugrunde liegenden Kulturzwecke. Insofern sind meine Ausführungen (Jahrb. XVI S. 144 f.) vielfach mißverstanden worden. Vgl. auch Lehrbuch I S. 492 f.

[3] Vgl. meinen Aufsatz in der Leipziger Z. VII S. 641. So auch wenn der Mann sein Geschäft der Frau übergibt und bei ihr als unentgeltlicher Geschäftsführer arbeitet; vgl. RG. 5. November 1907 Entsch. 67 S. 168.

[4] Vgl. auch Saleilles, Déclaration de la volonté p. 276 f. (1901); Vogel, Begriff des gegen die guten Sitten verstoßenden Rechtsgeschäfts (1906); R. Leonhard, Verstoß gegen die guten Sitten (1907); Herzog, Zum Begriff der guten Sitten (1910).

als Führer des Volkes zu betrachten sind. Wenn also beispielsweise auch ein großer Teil des Volkes, etwa zwei Drittel aus ihm, sich kein Gewissen daraus macht, Waren zu schmuggeln, so können wir dies, auch wenn es sich um fremden Zoll handelt, nicht als sittlich betrachten; ebensowenig den Vertrag mit dem Heiratsvermittler, auch wenn sich recht viele in der öffentlichsten Weise dessen bedienen: denn etwas, was der Ehe unwürdig, kann nimmer als sittlich gelten, und skandalöse Prozesse über die Höhe des Ehemaklerlohnes sind nicht dazu angetan, die Würde des Rechtes zu erhöhen. Das Recht steht auf dem Standpunkt, auf dem die leitenden Geister des Volkes stehen, nicht etwa auf den Niederungen des Lebens und auf der Stufe derer, welche die höhere Idee um Geld und Gut opfern. Und ebenso kann es nicht als sittlich gelten, wenn ein Beruf zum Gelderwerb ausgebeutet wird, sollte es auch sein, daß eine große Zahl der Berufsgenossen nicht anders denkt. Die Sitte ergibt sich nicht aus der Hefe des Volkes, sondern aus der Geistesrichtung derjenigen, welche die Bedeutung der Kulturwerte für die Menschheit würdigen.

Diese Ideen, die ich schon längst vor dem BGB. in den „Idealen im Recht" ausgesprochen habe, sind in §§ 138 und 656 des BGB. zum Durchbruch gekommen, insbesondere auch, was die Verträge mit Heiratsmaklern betrifft, und es ist vollkommen unrichtig, anzunehmen, daß, was die letzteren angeht, wir es mit einer Sonderbestimmung zu tun hätten, die darum möglichst eng ausgelegt werden müßte; vielmehr handelt es sich nur um einen Ausfluß des in § 138 ausgesprochenen Prinzips. Nur darum hat man eine eigene Satzung gegeben, weil nicht ohne weiteres zu erwarten war, daß die Gerichte der richtigen Idee gefolgt und derartige Verträge als unsittlich verworfen hätten; im Gegenteil: nach der bisherigen Praxis, die leider tief unter der Praxis der Franzosen und Engländer stand — ein merkwürdiges Schauspiel, daß Deutsche in der Rechtsprechung an Idealismus hinter anderen Völkern zurückblieben! —, war zu erwarten, daß die deutschen Gerichte weiterhin irrten, und darum gab man die Bestimmung des § 656. Und nun will man diese Bestimmung gerade wiederum gegen § 138 verwerten! Unsittlich ist natürlich auch alles andere, was gegen die Würde der Ehe verstößt, so insbesondere auch das Abkaufen der Ehescheidung oder eine Vereinbarung über getrenntes Leben gegen Entgelt; vor allem sind natürlich Bordellverträge unsittlich, namentlich der Bordellkauf [1].

So ist auch alles unsittlich, was der Ehre und der Integrität des Berufs, was der Lauterkeit und Ehrlichkeit des Gewerbes widerspricht; unsittlich ist ein Vertrag, dahin zu wirken, daß eine bestimmte parlamentarische Entschließung ergeht; unsittlich ist ein Vertrag, wonach ein Parlamentarier oder ein Publizist bestimmte Anschauungen vertreten soll usw. Hier muß überall die Freiheit der Überzeugung gelten [2]. Unsittlich sind insbesondere auch die Wahlbestechungsverträge, auch die Bestechungsverträge bei Mehrheitsabstimmungen; ja, hier sind nicht selten Strafen bestimmt, z. B. § 109, 332f. StGB., § 317 HGB., § 243 KonkO. Der Verkauf eines Geschäftes unter Weiterführung der bisherigen Firma ist nicht unsittlich; der Verkauf einer ärztlichen oder Anwaltspraxis ist insofern zu gestatten, als sie mit einem Apparat verbunden ist, der mit übergeht, so daß dieser Apparat maßgebend ist, nicht die „Kundschaft" [3].

Zu den unsittlichen Verträgen gehört aber insbesondere auch jeder Vertrag, der der Menschenwürde widerspricht, also insbesondere ein solcher, worin jemand seine Freiheit in einer Weise hingibt, daß dadurch die Persönlichkeit aufhört, eine selbständige Persönlichkeit zu sein. Nach diesem Maße sind alle Verträge zu beurteilen, worin jemand sich verpflichtet, seinen Aufenthalt nicht zu wechseln, jahrelange Dienste zu tun oder sich eines Gewerbes ganz zu enthalten [4]. Auch

[1] RG. 5. Februar 1908 Entsch. 68 S. 97, wo weitere Entscheidungen, OLG. Dresden 28. Juni 1907 Mugdan XVIII S. 58 und 23. März 1906 S. 58, ib. XIII S. 321, OLG. Jena 4. April 1906 ib. XIII S. 320.

[2] Mit Recht hat das Trib. Rom, 30. Januar 1901, einen Vertrag für nichtig erklärt, wonach eine Zeitung Geldspenden erhalten soll unter der Bedingung, daß sie gewisse Handlungen nicht tadle usw., Z. f. bürgerl. R. und franz. CivR. XXXIV S. 113 f.

[3] OLG. Braunschweig 19. Juni 1902 Mugdan V S. 107, des weiteren Lehrbuch II S. 102 und RG. 17. Mai 1907 Entsch. 66 S. 139. Der Verkauf einer zahnärztlichen Praxis wurde vom RG. 12. Januar 1911 Entsch. 75 S. 120 für gültig erklärt.

[4] Über die Konkurrenzklausel vgl. meine Ideale im Recht S. 48 f. und Arch. f. ziv. Praxis 84 S. 9. Unter Berufsständen wie Ärzten sind Wettbewerbsverträge unwürdig und unzulässig, Lehrbuch II S. 102, Französischer Kassationshof 13. Mai 1861 Sirey 61 I S. 640, RG. 11. Juni 1907 Entsch. 66 S. 143. Über den Fall, daß der Vermieter dem Mieter verspricht, nach dessen Auszug

das Versprechen, nicht zu heiraten, ist nichtig [1]; auch das Versprechen, sich nicht zu versöhnen oder zu vergleichen [2]. Auch die Verpfändung des Ehrenworts in geschäftlichen Verhältnissen ist unsittlich: niemand soll seine Ehre an das Geschäft hängen [3]. Unsittlich sind auch alle Verträge, welche durch Förderung der Spielleidenschaft auf den wirtschaftlichen Ruin hinsteuern, so insbesondere das Darlehen zum Zweck des Glücksspiels [4].

Unsittliche Verträge sind nichtig; sie sind nichtig als Schuldverträge; nichtig ist nicht der abstrakte dingliche Vertrag, welcher stattfindet, um ein unsittliches Schuldversprechen zu erfüllen [5]; nichtig ist auch nicht ein abstrakter Schuldvertrag; wohl aber kann gegen den abstrakten Schuldvertrag, wenn er einen unsittlichen Zweck erreichen soll, die Einrede und „condictio" nach §§ 812 und 817 BGB. geltend gemacht werden [6]. Die Nichtigkeit aber bewirkt von selbst, daß kein Teil gegen den anderen wirksam auf Erfüllung klagen kann. Man könnte nun schließen, daß, wer doch geleistet hat, das Geleistete vom Gegner herausverlangen könnte. Dies gilt aber nur teilweise; denn hier steht ein großes Prinzip des Rechtes entgegen: wer bei seinem Anspruch sich selbst der Unsittlichkeit zeihen muß, so daß er ihn aus seiner eigenen Unsittlichkeit heraus zu begründen hat, der kann den Anspruch nicht erheben. Das Gericht steht viel zu hoch, als daß es mit derartigen Niedrigkeiten zu tun hätte. Das Gericht hat Niedrigkeiten nur anzufassen, wenn es gilt, sie zu vernichten oder rückgängig zu machen, nicht aber, wenn der Unsittlichkeit Dienste geleistet werden sollen; eine Dienstleistung solcher Art wäre eine des Gerichts unwürdige Aufgabe: das Gericht wäre der Vermittler des Sittenwidrigen! Daher das große Prinzip des § 817, daß, wer einen unsittlichen Vertrag in der Art abgeschlossen hat, daß von seiner Seite eine Unsittlichkeit vorliegt, das von ihm Geleistete nicht mehr herausverlangen kann: er darf mit einem derartigen Anspruch, worin er sich der Unsittlichkeit bezichtigt und den hierbei erlittenen Verlust vergütet verlangt, gar nicht vor das Gericht kommen [7]. Der § 817 hat allerdings vorzüglich den einen Fall im Auge, daß beide Teile anstößig gehandelt haben: dahin gehören insbesondere geschlechtlich unsittliche Verträge [8], Bestechungen, Anstiftungen zu Missetaten und Annahme der Anstiftungssumme: dahin gehört auch der Schmuggelvertrag und anderes. Der Fall kann aber auch so vorliegen, daß die Anstößigkeit nur auf seiten des Gebers, nicht auf seiten des Nehmers liegt, und das ist der Fall beim Wucher.

Es ist ein Prinzip des BGB., daß es den Wucher in jeder Gestalt mit der schärfsten Waffe verfolgt, mit der Nichtigkeit. Der Begriff des Wuchers hat sich allmählich aus einem unerträglichen Formalismus herausgestaltet: er soll nicht mehr auf ein bestimmtes mechanisches

das Lokal nicht einem Konkurrenten zu vermieten, vgl. OLG. Hamburg 18. Januar 1907 Mugdan XVI S. 415 und die weiter zitierten Entscheidungen. Für die Konkurrenzverträge der Handelsgehülfen gelten besondere Rücksichten und sie bedürfen einer besonderen Regelung; dementsprechend erging neuestens das Gesetz v. 10. Juni 1914.

[1] Vgl. auch über das amerikanische Recht Bishop, On marriage and divorce I § 207.

[2] Vgl. schon Statut Padua (1236) Nr. 718 p. 240.

[3] RG. 15. Januar 1912 Entsch. 78 S. 259; 29. April 1913 Entsch. 82 S. 222 (dies gilt auch dann, wenn neben dem Geldinteresse andere Interessen im Spiel sind).

[4] Unrichtig RG. 30. Januar 1908 Entsch. 67 S. 355. Ausdrückliche Bestimmungen der Art haben viele Gesetze, schon die italienischen Statuten, z. B. Novara 1277 c. 137, Teramo 1440 III 28. Daß das BGB. keine besondere Bestimmung hat, ist unerheblich, und die Gründe, warum man eine solche Bestimmung nicht aufgenommen hat, sind bedeutungslos.

[5] RG. 19. Dezember 1911 Entsch. 78 S. 282, auch schon RG. 5. Februar 1908 Entsch. 68 S. 97, 100, a. A. OLG. Dresden 23. März 1906 Mugdan XIII S. 321.

[6] Bei §§ 656, 762 BGB. scheint es, als ob hier selbst der abstrakte Vertrag von sich aus nichtig wäre und nicht erst der Einrede bedürfte; indes ist nicht anzunehmen, daß hier etwas anderes gilt als bei anderen Unsittlichkeiten. Über einen Wechsel für ein Ehemakelversprechen vgl. OLG. Celle 6. Februar 1902 Mugdan IV S. 236. Sollte allerdings der Kläger in frivoler Weise erklären, daß er das abstrakte Versprechen zur Erreichung unsittlicher Zwecke geltend mache, dann könnte ihn der Richter prozessualisch zurückweisen, weil die Klage als Klage unsittlich wäre, vgl. Enzykl. III S. 308.

[7] Dies gilt von der gerichtlichen Geltendmachung, es gilt aber auch, wenn der Leistende das Gegebene auf dem Wege der Aufrechnung zurückerobern wollte: ebensowenig als ihm das Gericht hilft, ebensowenig hilft ihm das Gesetz in den Fällen, wo ihm sonst gestattet ist, sich selbst Deckung zu verschaffen; so auch im Falle der sonst erlaubten Selbsthilfe, § 229 BGB.

[8] So Bordellkaufvertrag, Bordellbauvertrag usw., RG. 13. Juni 1906 Entsch. 63 S. 367, 29. Juni 1906 ebenda 63 S. 346 und sonst. Vgl. oben S. 77.

Verhältnis von Leistung und Gegenleistung gegründet sein, sondern auf bestimmte seelische und ethische Momente. Wucher liegt dann vor, wenn man sich der Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit, d. h. also der objektiven oder subjektiven Mißverhältnisse eines anderen bedient, um ihn zu einem Vertrage zu bestimmen, der eine außergewöhnliche Ungunst für den Bewucherten enthält, mit einem außergewöhnlichen Vorteil des Wuchernden[1].

Nun versteht es sich doch von selbst, daß, wenn die Rückforderung dann ausgeschlossen ist, falls die Schlechtigkeit auf seiten des Gebers und Nehmers liegt, sie um so mehr ausgeschlossen sein muß, wenn der Nehmer in allen Treuen gehandelt hat oder mindestens nur schwach oder inkorrekt war, von seiten des Gebers aber eine wahre Schlechtigkeit vorliegt; und das ist der Fall beim Wuchervertrag. Es wäre die größte Verkehrung der Verhältnisse, wenn etwa der Anstifter zum Banditenmord die gegebene Summe nicht zurückverlangen kann und sie dem Mörder lassen muß, dagegen der Wucherer, der seine Opfer bis aufs Blut gedrängt hat, berechtigt wäre, das in aller Schlechtigkeit gegebene Geld wieder herauszuverlangen[2]. Das ergibt sich klar aus dem Prinzip des § 817[3].

Ein Fall, wo die Unsittlichkeit oder Unerlaubtheit nur auf einer Seite liegt, ist auch im Gewerberecht gegeben, beim sogenannten Trucksystem. Hier gilt der Grundsatz, daß eine gesetzwidrige Zahlung (in anderem als in Geld) nichtig ist und die Schuld nicht zerstört. Auch hier ist der Zahlende nicht berechtigt, das Gezahlte zurückzuverlangen: es verbleibt zunächst bei dem Empfänger, nur daß es, soweit der Empfänger noch bereichert ist, an eine Hilfskasse oder eine ähnliche Wohltätigkeitskasse abzuführen ist (§ 116 GewO.). Dies mag man ja auch beim Wucher bestimmen. Vgl. unten S. 103 und IV S. 350.

Der Fall kann allerdings auch so vorliegen, daß nur der Annehmende, nicht auch der Leistende, eine Schlechtigkeit begeht; so, wenn jemand durch Gewalt oder Drohung zu einer Leistung veranlaßt worden ist, oder wenn er auch nur aus Furcht vor dem Terrorismus des andern oder aus unbegründeter Angst vor möglicher Unbill diesem eine Leistung macht und dieser sie im Bewußtsein eines solchen Seelenzustandes annimmt. Hier ist das Annehmen, nicht das Geben eine Schlechtigkeit, und darum ist eine Rückforderung begründet: der Kläger braucht sich in der Klage keiner Schlechtigkeit zu zeihen. So wenn jemand ein Schweigegeld annimmt, um eine Anzeige zu unterlassen[4], es müßte denn sein, daß das Schweigegeld etwa als Entschädigung für seelischen Schaden aufzufassen wäre.

§ 59. Die gemeinrechtliche Lehre verlangte vielfach für Verträge über Schuldverhältnisse ein V e r m ö g e n s i n t e r e s s e. Dies war weder nach römischem Recht begründet, noch ist es sachlich gerechtfertigt. Am allerwenigsten läßt sich die Annahme verteidigen, daß das Schuldverhältnis einen Vermögensvorteil des Gläubigers enthalten müsse; aber auch die Fassung der Lehre, als ob das Schuldverhältnis zwar nicht einen Vermögensvorteil des Gläubigers, aber

---

[1] Die Sachwucherlehre hat sich namentlich im Seerecht entwickelt; die Benutzung der Seenot zu ungehöriger Ausbeutung des andern wurde schon seit alter Zeit für unzulässig erklärt: Verträge in Seenot galten als nichtig; so Consolado 208 (253), 232 (277), Guidon de la mer 31 (Pardessus, Lois maritimes II p. 236, 308, 394). Auch Wucherverträge mit jugendlichen Personen wurden schon von alters her als nichtig betrachtet; vgl. N o v a r a (1277) c. 140, P a r m a (1347, Mon. hist. ad prov. Parm. pert. I 4 p. 261). Wie, wenn ein Arzt eine Operation nur gegen das Versprechen einer übermäßigen Summe vornehmen will? Vgl. C a m p i g r a n d e, Violenza in rapporto all' onoranza del medico (1907) aus der „Legge" p. 10 und die hier zitierte Entscheidung des Kassationshofs Turin 30. Januar 1895.

[2] Ganz verkehrt, unjuristisch und formalistisch E c c i u s, Juristenzeitung VIII S. 41. Glücklicherweise ist die Jurisprudenz der preußischen Landrechtsjuristen heutzutage gänzlich in Mißkredit geraten: die Freirechtsbestrebungen haben ihr das Grabgeläute geläutet. Über die spezielle Frage vgl. übrigens noch E i c h l e r, Kann der Wucherer .... das ... Geleistete kondizieren (1908) S. 27, der mit Unterscheidungen hantiert, die keine Berechtigung haben. Hier auch weitere Literatur. Verfehlt J a c o b y, Jahrb. f. Dogm. **60** S. 241, welcher sagt, der Wucherer mache bei der Rückforderung keine Unsittlichkeit geltend, sondern unterwerfe sich dem Gesetz, indem er die Nichtigkeit anerkennt — besser gesagt, indem er die wegen seiner zur Schau getragenen Schlechtigkeit ausgesprochene gesetzliche Nichtigkeit anruft!

[3] Vgl. meine Ideale im Recht S. 84; N e u b e c k e r, Juristenzeitung VII S. 569. Der ungarische Entwurf verfolgt einen anderen Weg: er gibt dem Bewucherten die Wahl, statt der Nichtigkeit Herabsetzung der Wucherzinsen oder der Wuchersumme zu verlangen.

[4] Vgl. RG. 30. Juni 1904 Entsch. 58 S. 204.

doch irgendeinen Vermögensvorteil dritter Personen ergeben müsse, ist vollständig zu verwerfen. Die ganze Lehre beruht auf dem Irrgang, als ob überhaupt die Rechtsordnung nur eine Rechtsordnung des Vermögens, nicht eine Rechtsordnung für menschliche Interessen überhaupt wäre [1]. Auch wenn man andere Dinge als Hab und Gut erstrebt, soll das Recht die Möglichkeit gewähren, durch geeigneten Zwang zu wirken. Allerdings mäßigt sich der Streit der Anschauungen, wenn man den Vermögensvorteil Dritter mitgelten läßt, und wenn man den Begriff des Vermögensvorteils in der richtigen Ausdehnung faßt. Hiernach liegt Vermögensinteresse auch in Fällen vor, wo das gemeine Recht das Vermögensinteresse verneinte. So kann ich sicherlich auch von dem Standpunkte, welcher Vermögensinteresse verlangt, einen Vertrag mit einem Arzt zugunsten eines Wohlfahrtsinstituts abschließen, obgleich es nicht mein Vorteil ist; immerhin ist ein Vermögensvorteil anderer dabei im Spiel: ihr Vermögensvorteil besteht darin, daß sie eine Leistung bekommen, für die man im Verkehr Vermögen gibt. Auch dann kann man noch von einem solchen Vermögensvorteil sprechen, wenn ich z. B. mit einem Feuerwerker vereinbare, meiner Gesellschaft ein vergnügliches Schauspiel zu bereiten, oder mit einer Sängerin, bei einem Diner die Gesellschaft durch einige Stücke zu erheben; denn hier kann man immerhin noch sagen, daß ich dadurch der Gesellschaft einen vermögenswerten Genuß biete.

Allein dies reicht nicht aus. Es sind auch Verträge denkbar, durch welche gar kein Genuß, den man um Geld zu erkaufen pflegt, sondern nur ein ideales Interesse erstrebt wird; so z. B., wenn jemand ein Versprechen gibt, gewisse Forschungen zu machen, an den Nordpol zu fahren oder den Mars zu beobachten oder Ausgrabungen zu leiten oder die Heiden zu bekehren. Man mag immerhin Schwierigkeiten finden, eine derartige Verpflichtung zwangsweise ins Werk zu setzen, allein diese Schwierigkeiten können den rechtlichen Charakter des Vertrages nicht bestimmen, und immerhin kann der Vertrag in anderer Weise, z. B. durch Rückbehaltungsrecht und ähnliches, zur Geltung gebracht werden. Vor allem kommen auch die zahlreichen Verträge in Betracht, die ein Gemeinwesen zum öffentlichen Wohl abschließt, z. B. die Gemeinde bedingt sich aus, daß die Eisenbahnverwaltung einen Bahnhof bauen soll u. a. [2].

Auch abgesehen davon aber ist es eine unwürdige Anschauung, die Arbeit eines Menschen nur nach der Seite hin zu berücksichtigen, ob man sie zu bezahlen pflegt oder nicht. Dies heißt die Arbeit in antiker Weise zum Sklavendienst, den Arbeiter zum Lohnsklaven erniedrigen und die menschliche Leistung nur als Gegenstand vermögensrechtlicher Ausbeute gelten lassen [3]. Die Behauptung, daß, wenn man das Vermögensinteresse aufgebe, jede Möglichkeit fehle, die rechtliche Pflicht von der bloßen Anstandspflicht zu scheiden, beruht auf völliger Verkennung des praktischen Rechtslebens.

Allerdings das eine muß aufrecht erhalten werden, daß die Rechtsordnung nicht alles und jedes umfassen kann; allein das gehört einer anderen Betrachtungsweise an. Unsere Rechtsordnung kann nur das umschließen, was unsere Kultur nicht dem Walten des freien gesellschaftlichen Verkehrs überlassen will: wo immer unsere Kultur verlangt, daß gewisse Betätigungen dem freien Belieben unterstehen müssen, da hat das Recht, und daher auch das Vertragsrecht nicht hineinzureden, sonst würde die Unbefangenheit des menschlichen Lebens ganz zerstört und der Mensch zur Pflichtpuppe gemacht; z. B. was das Erscheinen bei Freunden, das Spazierengehen mit andern, überhaupt das dem Geschäftlichen abgekehrte Spiel des täglichen Lebens betrifft; noch weniger kann ein Versprechen zu eigenen Gunsten, z. B. ein Versprechen des Spazierengehens, des mäßigen Lebens rechtlich erzwungen werden.

2. Entwickelung der Schuldverhältnisse.

§ 60. Die Verbindlichkeit kann auf Leistung oder Unterlassung gehen. Die Unterlassungsverbindlichkeiten haben in der neueren Zeit eine gesteigerte Bedeutung angenommen, vor allem in wirtschaftlicher Beziehung; wenn jemand sich verpflichtet, gewisse wirtschaftlich

[1] Vgl. Lehrbuch II S. 89, Zwölf Studien I S. 1 f.

[2] Vgl. Sainctelette, Contrats d'utilité publique (1888) in der Revue de droit intern. XX (Sep.-A.) S. 12 f. Über eine ähnliche Frage vgl. oben S. 58.

[3] Vgl. darüber treffend Meszleny, Privatrecht als Organisationsrecht, Z. vgl. R. XXX S. 438 f. Nur ist es unrichtig, wenn M. die Sache so darstellt, als ob wir alle das Privatrecht nur

bedeutsame Handlungen nicht vorzunehmen, z. B. keine Konkurrenz zu betreiben oder bei einem Gegner nicht in Dienst zu treten; in diesem Falle kann der Verpflichtete, wenn er zuwider handelt, zu einer Entschädigung oder auch zu einer sogenannten Vertragsstrafe verpflichtet werden.

Eine Vertragsstrafe kann sowohl bei Leistungs- als auch bei Unterlassungsverhältnissen bedungen werden, namentlich findet sie im künstlerischen Leben große Verbreitung; aber auch im Unternehmerverkehr. Man denke: ein Künstler verpflichtet sich bei einer Vertragsstrafe zu einem Auftreten oder Nichtauftreten, der Unternehmer verpflichtet sich unter Vertragsstrafe, ein Werk bis zu einer bestimmten Zeit fertig zu stellen oder dasselbe Werk keinem anderen zu machen. Die Vertragsstrafe enthält eine vertragsmäßig festgesetzte Entschädigung und zwar eine Minimalentschädigung, denn es ist dabei nicht inbegriffen, daß nicht auch noch eine höhere Entschädigung begehrt werden kann [1]. Ob diese Vertragsstrafe die Leistungen mit absorbiert oder nicht, so daß noch die Leistung nebenbei verlangt werden kann, ist je nach den Umständen des Falles zu beurteilen.

Wird die Vertragsstrafe für eine Unterlassungsverpflichtung bedungen, so ist bei jeder Zuwiderhandlung die Vertragsstrafe zu bezahlen. Dies wäre insbesondere auch der Fall, wenn für eine verbotene Konkurrenz eine Vertragsstrafe ausbedungen ist [2]. Indes hat bei der Konkurrenzklausel der Handelsgehilfen das Handelsgesetzbuch die Sache dahin ermäßigt, daß die Vertragsstrafe nur einmal verlangt werden kann, und daß der Handelsgehilfe sich dadurch von dem Konkurrenzverbot frei kauft, § 75 (jetzt 75 c) HGB.

Mit der Vertragsstrafe kann Mißbrauch getrieben werden, indem für eine ziemlich niedere Vertragswidrigkeit eine sehr hohe Vertragsstrafe bedungen wird: dann könnte die Vertragsstrafe zu einer wucherischen werden. Der § 343 gibt deswegen die Möglichkeit der richterlichen Herabsetzung [3]. Dies ist aber nicht etwa so zu betrachten, als ob der Richter kraft seiner besonderen Amtsgewalt die zivilrechtliche Pflicht verminderte, sondern, wie bei wucherischer Zinshöhe, hat der Schuldner die Befugnis, das Übermaß zu rügen, und die darauf folgende richterliche Minderung ist nichts anderes als die Erklärung, daß diese Rüge berechtigt ist [4]. Das Handelsgesetzbuch hat allerdings bestimmt, daß, wenn ein Kaufmann eine Konventionalstrafe bedingt, eine solche Herabsetzung nicht begehrt werden kann, § 348; indes kann in exorbitanten Fällen auch hier kraft § 138 geholfen werden [5].

Man kann von niemandem verlangen, daß er das unmögliche bewirkt, und insofern ist es richtig, daß impossibilium nulla est actio. Wohl aber ist es möglich, daß, wenn jemand etwas unmögliches versprochen hat, von ihm verlangt werden kann, daß er dafür etwas anderes leistet, sei es nun, daß das Versprochene von Anfang an unmöglich war oder später unmöglich geworden ist. Ob und was hier verlangt werden kann, das läßt sich nur mit Unterscheidung beantworten [6].

als Vermögensrecht anerkannt hätten. Dies ist bei mir sicher nicht der Fall. Immerhin ist es verdienstlich, die nicht vermögensrechtlichen Momente der Rechtsordnung unter einem besonderen Begriff zusammenzufassen; nur möchte ich nicht den Ausdruck Organisationsrecht wählen, sondern von Persönlichkeits-, Familien- und Sozialrecht sprechen. Die ersten zwei Faktoren werden besonders behandelt, der dritte gehört dem Schuldrechte an.

[1] Sie kann daher von der Hauptverpflichtung nicht durch Zession abgetrennt werden; vgl. Sieveking, Trennung des Anspruchs auf eine Vertragsstrafe vom Hauptrecht, S. 50 f.

[2] Vgl. auch RG. 31. März 1909 Entsch. 70 S. 439.

[3] So auch eine Reihe anderer Gesetze, Österreich § 1336, Schweizer OblR. a. 163 (nach der Fassung von 1911).

[4] Es gibt natürlich Wortausbeuter, welche aus § 343 BGB. ein besonderes richterliches Gestaltungsrecht ableiten wollen. Habeant sibi. Daß die soziale Bestimmung des § 343 nicht vertragsmäßig ausgeschlossen werden kann, versteht sich von selbst, Kammergericht 16. Mai 1911 Mugdan 23 S. 12.

[5] Auch das OLG. Karlsruhe 12. Juni 1913 Bad. Rechtspraxis 1913 S. 141 nimmt an, daß § 138 in Anwendung komme, wenn die Schutzstrafe auf den Ruin des Schuldners abziele und außer Verhältnis stehe zu dem zu schützenden Interesse.

[6] Vgl. darüber auch Titze, Unmöglichkeit der Leistung, S. 237 f., Krückmann, Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozeß 1907 und in den Jahrb. f. Dogm. 57 S. 1 f., Rabel, Festschrift zum Österreichischen BGB. II S. 823, Rabel in den Mélanges Gerardin p. 473 f., Barberis, Impossibilità della prestazione, in der Rivista di diritto commerciale V (1907), Marck, Nichtigkeit von Rechtsgeschäften wegen Unmöglichkeit (1913). Über die schwierige Frage der teilweisen Unmöglichkeit vgl. namentlich Kisch, Wirkungen der Unmöglichkeit (1900) S. 161 f.

Ist das Versprochene von Anfang an unmöglich, so liegt entweder eine allgemeine objektive oder eine bloß subjektive Unmöglichkeit des Verpflichteten vor: im letzteren Falle spricht man von Unvermögen. Indes ist der Unterschied nicht schroff. Wie, wenn etwas für einen oder zwei Menschen und nur für sie möglich ist? wenn eine Geigenpassage nur von Paganini ausgeführt wird, ein Skisprung nur einmal gelungen ist, eine chemische Kombination das Geheimnis zweier Personen bildet? Dante erwähnt einen Fall, daß einer sich erboten hatte, in die Luft zu fliegen und daß er zum Tode verurteilt wurde, weil er es nicht konnte; heutzutage wäre dies nicht mehr unmöglich. Daher wird man unsere Gesetze, welche zwischen der objektiven und subjektiven Unmöglichkeit eine Scheidewand machen, nach ihrem Sinne auslegen und man muß sagen: in den Fällen, in welchen der Glaube an die Möglichkeit dem anderen Teile selber als Torheit oder als Schuld zuzurechnen wäre, ist der Schuldner überhaupt von jeder Verpflichtung frei; in anderen Fällen kann allerdings eine Verpflichtung, aber in minderem Maße bestehen [1], nämlich für negatives Interesse, § 307 [2].

Handelt es sich aber bei Vertragsschluß um eine Leistung, die überhaupt möglich ist, und zwar nicht etwa bloß für eine oder zwei Personen, sondern in erheblicher Weise, während der Schuldner sie nicht zu bewirken vermag, dann hat der Schuldner regelmäßig in vollem Maße dafür einzutreten. Ein Hauptfall ist der, wenn jemand das Eigentum an der Sache verspricht, während er selber nicht in der Lage ist, es zu verschaffen [3]. Doch gelten hier Besonderheiten; namentlich ist im Falle eines Schenkungsversprechens der Schenker nur in Ausnahmefällen verantwortlich, vgl. § 523 BGB.

Bei nachfolgender Unmöglichkeit ist der Schuldner regelmäßig frei; denn, wenn man von jemandem auch in dem Momente des Verpflichtungsaktes verlangen kann, daß er sich über die Möglichkeit oder Unmöglichkeit versichert, so ist doch niemand Herr der Zukunft. Daher wird der Schuldner im Falle nachfolgender Unmöglichkeit, auch wenn diese bloß eine subjektive ist, von der Verpflichtung gelöst, er müßte denn etwas anderes zugesagt oder die Unmöglichkeit schuldhaft herbeigeführt haben; vgl. §§ 275 und 280 BGB.

Von Unmöglichkeit und Unvermögen aber ist der Fall zu unterscheiden, wenn der zu leistende Gegenstand der Menschheit [4] offen steht, aber aus wirtschaftlichen Gründen dem Schuldner verschlossen ist. Dies ist der Fall bei Gattungssachen, die vorhanden, aber dem Schuldner nicht erreichbar sind, namentlich bei Geld. Hier kann sich der Schuldner nicht auf den Mangel beziehen, er haftet nach § 279 unbedingt, ob der Mangel früher oder später eintritt. Dasselbe gilt bei allen Leistungen, bei welchen die Individualität des Schuldners nicht in Betracht kommt, sondern die Leistung durch einen Dritten geschehen kann: auch hier wird der Schuldner nicht durch sein Unvermögen befreit, denn es steht ihm offen, die Leistung durch einen Dritten vollziehen zu lassen, und wenn ihm dazu die Mittel fehlen, so kommt dies für die Rechtsordnung nicht in Betracht. Für alle diese Fälle gilt der allerdings sehr ungenügend gefaßte § 279 [5].

Wenn beispielsweise ein Fabrikant aus individuellen Gründen die Ware nicht produzieren kann, etwa weil sein Fabrikgebäude abbrennt oder ein Ausstand der Arbeiter ausbricht, oder weil sonst wegen einer schlimmen Krise die Erfüllung auf ungeahnte Hindernisse stößt, so wäre es im höchsten Grade den Verkehrsverhältnissen zuwider, und alles käme ins Schwanken, sollten der-

[1] Wird das Unmögliche vor der Fälligkeit der Schuld möglich, so ist es zu leisten. Dasselbe ist aber ex aequitate anzunehmen, wenn es zwar nach der Fälligkeit, aber so frühzeitig möglich ist, daß die Lage der Parteien sich nicht grundsätzlich gewandelt hat.

[2] Ein solcher Fall objektiver Unmöglichkeit ist auch gegeben, wenn es sich um Dinge handelt, die dem Erwerber erwerbsunzugänglich sind, so wenn es sich um Aktien handelt, die nur von einem Engländer erworben werden können. Unzutreffend OLG. Frankfurt a. M. 4. Mai 1906 BankArch. V S. 214 f.

[3] Oder es verspricht jemand, in eine Wohnung keinen Konkurrenten zuzulassen, während sie schon an einen Konkurrenten vermietet ist, OLG. Dresden 6. Juni 1907 bei Mugdan XVI S. 415.

[4] Der Menschheit; dies ist natürlich cum grano salis zu verstehen. Wie, wenn der Gegenstand nur auf einer einsamen Insel wächst und nicht in Handel kommt? Wenn umgekehrt die Vertragschließenden auf einer einsamen Insel wohnen, die vom Verkehr abgesperrt ist? Wie, wenn Jemand alle Fundstellen des Urans besitzt und es nicht in Handel bringt? Auch hier muß man sich vor Verallgemeinerungen hüten.

[5] Lehrbuch II S. 82: der Fall des Abgesperrtseins.

artige Umstände den Schuldner befreien. Dies wäre nur dann begründet, wenn etwa die Verpflichtung dahin ginge, daß bestimmte Waren nur von der Fabrik geleistet oder nur von bestimmten Arbeitern erarbeitet werden dürften; dann wäre es auch mit Geldmitteln unmöglich, die Verhältnisse zu überwinden und die vertragsmäßige Leistung sich zugänglich zu machen. Ist aber der Fabrikant verpflichtet, eben einfach Ware zu leisten oder eine Arbeit vollziehen zu lassen, die auch von anderen hergestellt werden kann, dann befreien diese Umstände ihn nicht. Der Besteller darf nicht in die Schwankungen des Arbeitsmarktes hineingezogen werden: es ist vielmehr Sache der Produzenten, schwierige Geschäftslagen zu beschwören. Allerdings kommt es heutzutage nicht selten vor, daß sie sich durch Streikklauseln sichern; doch geschieht dies nicht so häufig, daß hierdurch die ganze Wirtschaftslage verschoben würde.

§ 61. In Schuldverhältnissen treten sich die Menschen näher, und einer greift in die Interessen des andern ein. Daraus entwickelt sich der bereits vom byzantinisch-römischen Rechte vertretene Satz: die Personen, welche in Schuldverhältnissen stehen, sind gegenseitig verpflichtet, diejenige Sorgfalt zu wahren, welche der ordentliche Verkehr erheischt[1]. Der einzelne Schuldner ist daher nicht nur verpflichtet, nach dem Wortlaut seiner Verpflichtung zu verfahren, sondern auch zugleich, alles zu veranstalten, was notwendig ist, um nach der Anschauung des Verkehrs den Interessen des anderen gerecht zu werden. Dies gilt sowohl in der Behandlung der eigenen Sachen, die man dem Gegner zu leisten hat, als auch vor allem in der Behandlung der Gegenstände, die dem anderen gehören und die kraft Schuldverhältnisses in die Benutzung oder in das Gewahrsam des Schuldners gelangt sind. Man sprach früher von der Sorgfalt eines guten Familienvaters: ein guter Familienvater war derjenige, der nicht nur im eigenen Hause, sondern auch im Verkehr mit anderen als vollberechtigtes Verkehrssubjekt galt und sich so verhielt, daß der Verkehr mit ihm zufrieden sein konnte. Diesen Ausdruck hat man aufgegeben, teils weil das Familienvatertum einen gewissen philiströsen Beigeschmack hat, teils auch weil ein guter Familienvater noch nicht darum auch ein tüchtiger Geschäftsmann ist, auf den man sich im Verkehr verlassen kann. Man spricht nunmehr von der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (§ 276). Unter Umständen verlangt das Gesetz eine geringere Sorgfalt und läßt nur für grobe Fahrlässigkeit haften, sog. lata culpa, im Gegensatz zu der obigen Haftung für omnis culpa: dies trifft dann zu, wenn der einzelne sich altruistisch für andere opfert, in welchem Falle es zu streng wäre, von ihm nicht nur das Opfer, sondern auch noch eine besondere Sorgfalt in der Behandlung des Geschäftes zu verlangen (§§ 521, 599, 680, vgl. auch § 300 BGB.). In einer dritten Reihe von Fällen endlich soll man im Verhältnis zu Dritten nur für die Sorgfalt haften, die man in eigenen Angelegenheiten zu wahren pflegt. Dies ist dann der Fall, wenn die Rechtsbetätigung keinen vollständig geschäftlichen Charakter hat, wenn sie geschieht auf den Grenzgebieten, wo eigene Interessen und fremde Interessen, wo Eigentum und fremdes Gut sich mischen. Es wäre vollständig verkehrt, den Ehemann in den Verhältnissen der Frau wie einen Fremden, den Vater in den Verhältnissen des Kindes wie einen vormundschaftlichen Geschäftsführer, den Gesellschafter in Gesellschaftsgeschäften so ansehen zu wollen, als ob er ein Verwalter auswärtigen Vermögens wäre. In solchen Fällen ist es nicht angebracht, die Tätigkeit in eigenen Angelegenheiten von der Tätigkeit auf solchen Nachbar- und Grenzgebieten scharf zu trennen und zu verlangen, daß man in jedem Augenblick, wo man die Grenze überschreitet und auf das gemeinsame Gut hinübertritt, eine andere Persönlichkeit annehme und sich in ein anderes Wesen hülle. Es ist daher vollberechtigt, wenn schon das römische Recht in den meisten derartigen Fällen den Schuldner bloß für culpa in concreto haften ließ, d. h. für die Sorgfalt in den eigenen Angelegenheiten; auch das deutsche Recht hat diesem Gedanken mannigfachen Ausdruck gegeben (§§ 1359, 1664, 708, 2131, auch 690 BGB.).

In wenigen Verhältnissen wird endlich die Haftung über die Verkehrssorgfalt hinaus in der Art erhöht, daß man bis zu höherer Gewalt haftet (unten S. 134). Umgekehrt ist bei der Verwaltung des Gesamtgutes die Haftung des Ehemannes in der Art vermindert, daß er nur für Arglist und unmittelbare Gesetzwidrigkeiten einsteht (§ 1456 BGB.).

[1] Die Frage, wie sich die Haftung zur Zeit der römischen Juristen gestaltete, ist hier nicht zu erörtern; sie ist wegen der vielen Interpolationen schwierig und zweifelhaft.

Wer durch einen anderen erfüllt, haftet für die Hilfsperson wie für sich selbst, § 278 BGB. [1]. Eine solche Erfüllung ist im Mietsverhältnisse die gute Behandlung einer Mietsache, bezüglich welcher der Mieter für Dienstboten, Hausgenossen und Gäste einsteht [2].

§ 62. Die Sachlage, die sich ergibt, wenn die Erfüllung in Schuldverhältnissen nicht rechtzeitig erfolgt, hat im BGB. zu einer verwickelten Regelung Anlaß gegeben, die nur teilweise zweckdienlich ist. Insbesondere ist hier ausgesprochen worden, daß der eigentliche Verzug nur dann eintritt, wenn der Schuldner für die Nichterfüllung einstehen muß; also nur, wenn er im Verschulden ist, außerdem wenn es sich um eine Gattungsleistung (namentlich Geldleistung) handelt und diese Gattungsleistung im allgemeinen möglich, ihm aber „versperrt" ist.

Auffallend ist es allerdings, daß der Verzug auch dann ausgeschlossen sein soll, wenn der Schuldner nicht erfüllt, weil er gutgläubig und ohne Verschulden glaubt, daß er nichts schuldig sei. Dies darf nur in Ausnahmefällen angenommen werden, z. B. wenn der Erbe von der Schuld des Erblassers nichts weiß, §§ 285, 279 BGB. [3]. Übrigens sind einige Vertragsbeziehungen ausdrücklich so gestaltet, daß bei ihnen auch ohne eigentlichen Verzug, bei bloßer Verzeitung ganz ähnliche Rechtsfolgen eintreten; dazu gehören insbesondere der Werkvertrag und der Verlagsvertrag (§ 633 f. BGB., § 30 Verlags-Ges.). Außerdem soll der Prozeß, der über ein Schuldverhältnis geführt wird, nach gewissen Richtungen hin ähnliche Rechtswirkungen erzeugen, wie der Verzug [4].

Im übrigen verlangt der Verzug außer der Verzeitung und der etwaigen Verschuldung eine Mahnung, die allerdings dann nicht notwendig ist, wenn die Erfüllung auf eine Kalenderzeit bestimmt wird, § 284 [5].

Die Folgen des Verzugs sind 1. daß bei Geldschulden Zinsen gezahlt werden müssen (Verzugszinsen), 2. daß der Schuldner für den durch Verschuldung herbeigeführten Schaden aufkommen muß, § 286. 3. Unter bestimmten Umständen kann der Gläubiger die Leistung zurückweisen und den Schuldner so behandeln, wie wenn er überhaupt nicht erfüllt hätte, §§ 286, 326 BGB. 4. Der Schuldner, der eine Sache zu leisten hat, haftet auch für ihren zufälligen Untergang, es müßten denn die Umstände so gelagert sein, daß die Sache auch bei dem Gläubiger untergegangen wäre, § 287 BGB [6].

Der Prozeß führt mit sich die Verpflichtung zu Prozeßzinsen, § 291, und außerdem eine gewisse Haftung, die aber nicht so einschneidend ist, wie die Verzugshaftung, vor allem eine Haftung für Früchte und für sorgfältige Behandlung der Sachen, §§ 292, 987, 989 BGB.

Neben Haftung für Verzug besteht die Haftung für sonstige Vertragswidrigkeiten, sofern dadurch positive Verletzungen entstehen [7].

§ 63. Schadenersatz [8] ist dasjenige, was geleistet werden soll, wenn irgend etwas zu Leistendes fehlt und jemand diesen Fehler zu vertreten hat. Der hierdurch eintretende Mangel kann entweder darin bestehen, daß ein Geschäft stattgefunden hat, das nicht hätte stattfinden

---

[1] Ruprecht von Freysing II 39: man siecht vor an dy wirtleut unnd nicht di eehalten, vgl. auch Müller-Erzbach, Gefährdungshaftung (1912) S. 295.

[2] Vgl. auch Bruck, Arch. f. b. R. XXVII S. 110.

[3] Gegen die Überspannung des Verschuldungsprinzips in der Verzugslehre vgl. Heymann, Das Verschulden beim Erfüllungsverzug S. 166 f.

[4] Durch die Klage wird der Schuldner gewöhnlich in Verzug kommen. Doch gibt es nach dem obigen auch Ausnahmen.

[5] Dies interpellat pro homine. Auch andere Äquivalente können eintreten; z. B. der Schuldner sendet dem Gläubiger die Faktur, während die Ware fehlt: natürlich wird auch hierdurch die Erfüllungszeit fixiert. Vgl. Zitelmann in Festgabe f. Krüger S. 282.

[6] So wenn ein Tierstück durch eine Seuche hinweggerafft wird, die auch den Stall des Andern heimgesucht hat. Die Talmudisten drücken dies so aus: dem Würgengel ist es einerlei.

[7] So wenn eine fehlerhafte Sache geliefert wird und dadurch Schaden entsteht; vgl. hierüber Zitelmann, Festgabe für Krüger S. 276. Über die Literatur vgl. Krahmer, Gegenseitige Verträge, S. 67. Man spricht hier von positiven Vertragswidrigkeiten; die Haftung dafür versteht sich schon nach § 276 von selbst. Es war nicht notwendig, von diesem Falle so viele Umstände zu machen und von einer besonderen Rechtsentdeckung zu sprechen.

[8] Vgl. Lehrbuch II S. 122 f.

sollen, oder darin, daß eine Erfüllung ausgeblieben ist, für deren Herbeiführung jemand zu sorgen hatte. Im ersteren Falle spricht man von negativem, im letzteren von positivem Interesse[1]. Das BGB. nennt mehrere Fälle des sogenannten negativen Interesses:

1. Wenn jemand ein nichtiges, z. B. ein scherzhaftes oder anfechtbares Geschäft abgeschlossen hat und die Nichtigkeit oder Anfechtung zur Geltung kommt; Voraussetzung ist, daß der andere Teil in dieser Auffassung nicht fahrlässig gehandelt hat: den Dummen und Toren, die einen Scherz nicht verstehen, brauchen wir nicht mit unserem Geld zu haften; 2. wenn das Geschäft wegen Irrtums oder falscher Übermittelung angefochten wird (vgl. §§ 118—122 BGB.); 3. wenn jemand als Stellvertreter Geschäfte abschließt ohne Vertretungsmacht, aber in Unkenntnis dieses Mangels. Auch hier ist vorauszusetzen, daß der andere Teil nicht in Fahrlässigkeit war, denn wenn er diesen Mangel gekannt hat oder hätte kennen sollen, dann braucht man ihm für das Geschäft nicht einzustehen (§ 179 BGB.).

Der 4. Fall ist endlich der des Versprechens mit unmöglichem Inhalt, wovon oben (S. 82) gehandelt worden ist.

Die Haftung ist in diesen Fällen nicht eine Haftung für die Erfüllung des Geschäfts, sondern für den Schaden, der aus dem Abschlusse des Geschäfts hervorgeht[2]. Das Ungehörige besteht darin, daß ein Geschäft abgeschlossen worden ist, das nicht hätte abgeschlossen werden sollen, und dieser Abschluß kann schädigende Wirkungen haben: der Kontrahent hat infolgedessen Auslagen gemacht und Vorbereitungen getroffen; noch mehr, er hat infolgedessen günstige Gelegenheiten versäumt, weil er annahm, daß er durch dieses Geschäft völlig gedeckt sei[3].

Der positive Schadenersatz des BGB. aber ist zu leisten, falls der Schuldner für eine ausgebliebene Erfüllung haftet; er ist außerdem zu leisten im Falle unerlaubter Handlung.

Der Rechtsgedanke dieses Schadenersatzes wird beherrscht von dem Grundsatz der möglichst vollständigen Wiederherstellung. Der Schadenersatzberechtigte kann hier verlangen, daß dasjenige herbeigeführt wird, was er hätte, wenn das Widerrecht nicht eingetreten wäre und das Recht seine normale Entwicklung gefunden hätte. Der Schadenersatz soll also in erster Reihe ein Realschadenersatz sein. Der Berechtigte kann daher nachträgliche Leistung verlangen, er kann, wenn die Leistung eine mangelhafte war, verlangen, daß der andere die Leistung verbessert, vervollständigt, ergänzt; und wenn es sich um eine verspätete Leistung handelt, kann er verlangen, daß der Pflichtige die durch Verzug entstandenen Mißverhältnisse in irgendeiner Weise ausgleicht (§ 249 BGB.). Auf solche Weise kann der Schadenersatzanspruch den ursprünglichen Leistungsanspruch in sich schließen; daß er aber zugleich Schadenersatzanspruch ist, zeigt sich in folgendem: läßt ein widerrechtliches Handeln oder Unterlassen eine Wiederholung befürchten, so hat man einen weiteren Anspruch darauf, daß die Wiederholung unterbleibt, also künftig die Leistung oder Unterlassung stattfinde, wie sie das Recht verlangt.

Der Grundsatz des Realschadenersatzes ist nicht ohne einige Milderung durchzuführen. Es kann insbesondere vorkommen, daß die Wiederherstellung, d. h. die Herbeiführung des geschuldeten Zustandes, ganz unverhältnismäßige Kosten verursacht. Man denke sich den Fall, daß ein Gebäude wegen irgendeines Mangels ganz umgebaut werden müßte, daß die Herstellung aller vertragsmäßigen Einzelheiten nur mit einem geradezu vernichtenden Kapitalaufwand möglich wäre. In diesem Falle geht der Anspruch zwar immer noch auf die Wiederherstellung, aber der andere Teil hat die sog. facultas alternativa, an ihrer Stelle Geldentschädigung zu leisten. In drei Fällen kann ferner der Berechtigte statt der Realerfüllung Gelderfüllung verlangen: 1. bei Verletzung der Person, 2. bei Beschädigung einer Sache: in diesen Fällen kann der Be-

[1] Lehrbuch II S. 134, RG. 14. Juni 1904 Entsch. 88 S. 326; vgl. auch Brock, Das negative Vertragsinteresse (1902) S. 60 f., Rabel, Der sog. Vertrauensschaden im schweizerischen Recht in Z. für Schweizer Recht XXVII. Hier auf S. 261 über die französische Literatur.

[2] Man hat die Lehre von der culpa in contrahendo als eine große Entdeckung Iherings gepriesen; dies ist ungeschichtlich, da schon das Preuß. LR. I 5 § 284 die Bestimmung enthält: „Was wegen des bei Erfüllung des Vertrages zu vertretenden Grades der Schuld Rechtens ist, gilt auch auf den Fall, wenn einer der Kontrahenten bei Abschließung des Vertrages die ihm obliegenden Pflichten vernachlässigt hat." Das Naturrecht war längst zu dieser Erkenntnis gelangt. Über die gemeinrechtliche Literatur vgl. Melliger, Culpa in contrahendo S. 4 ff.

[3] Vgl. Kleineidam, Unmöglichkeit, S. 120, Kisch, Wirkungen der Unmöglichkeit, S. 212 f.

rechtigte guten Grund haben, das Hineinwirken des anderen in seine Angelegenheiten abzulehnen; wer von einem anderen verwundet ist, will sich nicht von ihm kurieren lassen, und wenn jemand meine Fensterscheiben zertrümmert hat, so ist es mir lieber, wenn ich sie auf seine Kosten einsetzen lasse, als wenn ich mich mit ihm noch einmal herumärgern muß. Der 3. Fall liegt dann vor, wenn ich dem anderen eine Frist zur Realerfüllung gesetzt habe und er diese Frist versäumt, z. B. wenn ich jemandem, der an dem Abhandenkommen meiner Sache schuldig ist, eine Frist von sechs Wochen setze, um die Sache wieder herbeizuschaffen. Offenbar wäre es nicht in meinem Interesse, wenn ich auf das Beibringen meiner Sache endlos warten müßte und mich erst in dem Augenblick zu etwas anderem verstehen könnte, wo das Herbeischaffen sich als unmöglich erweist. Bei Transportverträgen, namentlich der Eisenbahnen, sind hierfür oft besondere Fristen gesetzt, §§ 249 ff. BGB., und bezüglich der Eisenbahn vgl. Eisenbahnverkehrsordnung 23. Dezember 1908 §§ 35, 36, 90, 91, Berner Eisenbahnkonvention a. 33, 36.

Eine Ausgleichung ist mitunter notwendig, wenn der Schuldige infolge der Verpflichtung zum Realschadenersatz an Stelle der alten Sache eine neue herbeigeschafft hat, so daß der Berechtigte nun mehr hat, als er mit der alten Sache gehabt hat; für solche Fälle bietet das Seerecht belehrende Einzelheiten, vgl. §§ 710, 872 HGB.[1]: überhaupt ist Vorteil und Nachteil auszugleichen. Auch sonst können ähnliche Pluswirkungen eintreten[2].

In allen Fällen aber, wo Realersatz nicht oder nicht vollständig geleistet werden kann, muß man zum Geldersatz greifen, d. h. es soll im abstrakten Vermögen die Lücke ergänzt werden, die jemandem dadurch entstanden ist, daß eine konkrete Leistung nicht erfolgt ist. Ein solcher Schadenersatz durch Geldäquivalent heißt Entschädigung: sie soll eine abstrakte Vermögenslage (Geldlage) herstellen, welche der Vermögenslage, wie sie normativ sein sollte, im Werte gleichkommt[3]. Diese Vermögenslage aber ist nicht nur eine Vermögenslage in bezug auf das Einzelvermögensstück, sondern auch eine Vermögenslage in bezug auf das Gesamtvermögen. Wenn mir beispielsweise ein Gegenstand abhanden gekommen ist, so stellt der Verkehrswert dieses Gegenstandes die Ersatzsumme dar, wenn er als Einzelgegenstand in Rechnung gezogen wird. Bei einer vernünftigen Vermögensverwaltung aber haben sämtliche Gegenstände eine Bedeutung durch ihr Gesamtwirken, wobei der eine Gegenstand in Verbindung mit anderen neue Werte enthält und neue Werte produziert; wird nun eines dieser Elemente vernichtet, so muß möglicherweise infolgedessen eine ganze Produktion unterbleiben. Dies ist der Gesamtheitsschaden im Gegensatz zum Einzelschaden. Z. B. es zerstört Jemand in einem Winterhotel die Zentralheizung, so daß sämtliche Gäste ausziehen; oder es verdirbt Jemand die Eismaschine, so daß der Eisverkäufer den ganzen Sonntagnachmittag nichts verdienen kann. Man spricht hier von entgangenem Gewinn. Natürlich bedarf es einer freien Beurteilung, ob eine solche Erzeugung von Vermögenswerten auch wirklich zu erwarten gewesen wäre, und hierbei muß eine gewisse Wahrscheinlichkeit an Stelle der Sicherheit treten; denn ob ein bestimmter Kombinationserfolg erzielt worden wäre, ließe sich oftmals nur dann sicher ermitteln, wenn man mit prophetischer Gabe ausgestattet wäre. Wann die Wahrscheinlichkeit der Sicherheit gleichsteht, ist danach zu beurteilen, ob man nach der Regel des Lebens auf einen Erfolg so zu bauen pflegt, daß man ihn zum Ausgangspunkt weiterer wirtschaftlicher Betätigungen macht: baut das Leben hierauf, so kann und muß auch das Recht darauf bauen. Hiernach ist es klar, daß die Frage über die Höhe des Schadenersatzes nicht etwa bloß eine tatsächliche, sondern auch eine juristische ist, § 252 BGB.

Ist so die Schadenersatzlehre des BGB. in manchen Punkten zutreffend, so läßt sie nach anderer Seite wieder viel zu wünschen übrig. Es ist unrichtig, daß die Schadenersatzpflicht, was die Geldentschädigung betrifft, immer dieselbe ist, ohne Rücksicht auf die Umstände, welche das Einstehen des Schuldners veranlaßt haben, namentlich ohne Rücksicht auf den größeren

[1] Vgl. Oertmann, Vorteilsausgleichung (1901) S. 237.

[2] RG. 4. Januar 1907 Entsch. 65 S. 57.

[3] Zur Vermögenseinbuße des Geschädigten gehört auch die Vermögenseinbuße eines Dritten, dessen Interesse der Geschädigte zu vertreten hat; z. B. der Mieter verzögert die Räumung, der neue Mieter kann nicht einziehen: der Vermieter verlangt Schadenersatz mit Rücksicht auf den Schaden des neuen Mieters. Hier erheben sich einige schwierige Fragen; vgl. Krückmann, Jahrb. f. Dogm. 56 S. 277 f.

oder geringeren Grad seiner Verschuldung. Hier haben manche Rechte Stufenfolgen, und andere überlassen es dem Richter, mehr oder minder weit zu gehen. Das BGB. hat leider hier alles in ein Bett eingezwängt: es kennt nur einen Schadenersatz, nicht seine Abschattierungen; und höchstens nach Maßgabe des § 254 BGB. kann geholfen werden, wenn das Verhalten des Schadenersatzberechtigten mit zur Steigerung des Schadens beigetragen hat, namentlich weil er es an der gehörigen Belehrung fehlen ließ oder weil er sonst regelwidrig gehandelt hat[1]. Z. B. er machte den Frachtführer nicht auf den ausnahmsweisen Charakter der Transportsache aufmerksam, oder er behandelte die an sich beschädigte Sache schlecht, so daß der Schaden weiterfraß; oder Jemand hatte zwei Eismaschinen und hätte nach Zerstörung der einen seine Kunden mit der anderen genügend befriedigen können.

Ein noch viel größerer Fehler aber ist die prinzipielle Ablehnung des Ersatzes für seelischen Schaden. In einigen bedeutenden Fällen hat das BGB. glücklicherweise dem dringendsten Bedürfnis abgeholfen, in den Fällen der §§ 1300, 847 und gewissermaßen noch in § 343. Allein diese Vereinzelung der Fälle ist eine Prinzipwidrigkeit; es ist ein ungerechtfertigtes Mißtrauensvotum gegenüber den Richtern, wenn man annimmt, daß man ihnen eine solche Abmessung nicht überlassen dürfe, als ob sie in einer solchen Materie weniger Können bewiesen als ihre französischen und englischen Kollegen. In sehr vielen Fällen liegt der wesentliche Kern der Schädigung nicht in dem Vermögensschaden, sondern in der Unruhe, der Aufregung, der nötig gewordenen Hast, den schlaflosen Nächten, der steten Angst und Sorge, für welche also leider kein Ersatz geleistet wird; als ob derartige, in das Innere der Persönlichkeit eingreifende Umstände weniger wert wären als Geld und Gut; als ob man berechtigt wäre, seinem Mitmenschen durch Widerrechtlichkeit seine Lebensfreude zu zerstören und seine Ruhe zu untergraben. Daß noch in dieser Beziehung prinziplos neben der Schadenersatzpflicht des BGB. ein Institut der Buße im Strafprozeß besteht, trägt nicht dazu bei, das Ganze zu einem harmonischen Bau auszugestalten. Und vollständig zu verwundern ist es, daß, als die Gesetzgebung für objektive Ungerechtigkeiten der Strafjustiz, also wegen ungerechter Verhaftung oder Bestrafung Ersatz gewährte, dieser Ersatz nur als Ersatz für Vermögensschaden angesetzt wurde![2]. In dieser Beziehung stehen wir noch lange nicht auf der Höhe.

Einigen Ersatz für die ungenügende Bemessung der Entschädigung bietet:

1. die Möglichkeit, eine Vertragsstrafe zu bestimmen. Zwar darf diese (in Nichthandelssachen, § 343 BGB., § 348 HGB., oben S. 81) gerichtlich ermäßigt werden; jedoch muß bei dieser Ermäßigung wohl berücksichtigt werden, daß bei solcher Vertragsstrafe der Ersatz für Schmerzen und seelische Schäden miteinbegriffen werden kann und gewöhnlich miteinbegriffen wird:

2. die gesetzlichen Bestimmungen, welche in gewissen Fällen ein und für allemal bestimmte Ersatzleistungen verordnen ohne Rücksicht auf einen nachweisbaren Vermögensschaden, so z. B. im Falle des Vertragsbruches eines gewerblichen Gesellen oder Gehilfen nach § 124b GewO., und noch in anderen Fällen, welche dem Gewerberecht angehören.

§ 64. Die Verknüpfung der Personen in Schuldverhältnissen zeigt sich darin, daß die Erfüllung einer Verbindlichkeit vielfach nur unter Mitwirkung des Gläubigers[3] geschehen kann, z. B. wenn die Erfüllung darin besteht, daß ein Recht von einem Vermögen in das andere hinübergepflanzt wird, oder darin, daß eine Leistung vollbracht wird, welche die Person oder das Vermögensgebiet eines anderen berührt. So wenn der Schuldner dem

[1] Dies gilt auch dann, wenn der Verletzte ein Minderjähriger war (§§ 828, 829); hat ein Angestellter des Verletzten zum Schaden beigetragen, so wird von der Praxis eine Beteiligung nach § 831 angenommen; so RG. 6. Juli 1911 Entsch. 77 S. 211; dies ist unrichtig: es ist eine Beteiligung nach § 278 anzunehmen, denn insofern steht der Verletzte zum Verletzer in einem Verhältnis der Gegenpflicht, Lehrb. II S. 137.

[2] So Gesetz vom 20. Mai 1898 § 2 und vom 14. Juli 1904 § 3. Viel richtiger das Schweizer Obligationsrecht und dazu das Schweizer Bundesgericht: Entscheidungen bei Martin Achard, Réparation pécuniaire du tort moral (1908) p. 73 ff. und bei Walter Imhof, Die Art und Größe des Schadenersatzes und der Genugtuung (1912) S. 82 f. Die Entscheidungen des Schweizer Bundesgerichts sind auch in dieser Beziehung musterhaft und vorbildlich für die deutsche Jurisprudenz.

[3] Vgl. Lehrbuch II S. 169 f.

Gläubiger Geld zu zahlen, so wenn der Handwerker im Haus des Bestellers zu arbeiten hat: die Geldübertragung kann nur mit Hülfe des Gläubigers erfolgen, die Arbeit im Hause des Gläubigers muß unterbleiben, wenn dieser dem Arbeiter den Eintritt versagt. Allerdings gibt es auch eine Reihe von Leistungen, die der Schuldner in seinem Bereiche vollziehen kann, ohne daß er des Gläubigers bedarf, z. B. wenn der Schuldner sich anheischig macht, sein Gebäude abzutragen, um dem Gläubiger eine bessere Aussicht zu verschaffen, oder wenn er verspricht, eine Erfindung zu vervollkommnen oder sonst für die Menschheit tätig zu sein. Auch die Verbindlichkeiten zu einem Nichttun sind von der Mitwirkung des Gläubigers unabhängig.

Wo nun aber eine Mitwirkung des Gläubigers nötig ist, kann der Fall vorkommen, daß der Schuldner erfüllen will und der Gläubiger das Seinige nicht tut, sei es, daß er es nicht tun kann oder nicht tun will; sei es, daß er es nicht will aus Irrtum, aus Eigensinn oder aus irgendeinem anderen Grunde. So insbesondere, wenn der Schuldner, um seine Verpflichtung zu erfüllen, eine Geldleistung anbietet und der Gläubiger sie nicht annimmt. Hier entsteht eine Rechtsschwierigkeit, die überwunden werden muß; denn wenn der Schuldner erfüllen soll, so muß man ihm auch die Möglichkeit geben, zu erfüllen, nicht nur um sein Gewissen zu befriedigen, sondern vor allem auch, damit sein Vermögen von der Last der Verbindlichkeit befreit wird; dies namentlich, wenn für die Schuld Bürgschaften oder Pfänder bestehen: hier ist seine Befreiung von gesteigertem Interesse zum Zweck der Befreiung Dritter. Sollte nun der Gläubiger seine Mitwirkung versagen [1], so muß der Schuldner die Möglichkeit haben, sich einseitig zu befreien. Ursprünglich gab der Schuldner, der eine Sache zu leisten hatte, einfach diese Sache preis: er legte das Geld an einen bestimmten Platz, so daß der Gläubiger es abholen konnte; er stellte sich bereit, um dem Gläubiger zu dienen, so daß dieser noch im letzten Augenblick die Leistung anzunehmen vermochte. Auf solche Weise hat sich ein System von sog. Ersatzmitteln gebildet, verschieden natürlich nach der Anschauung der Völker. Bei den Indern gab man die geschuldete Sache dem Gott Varuna; bei den Deutschen trug man das Geld dem Gläubiger vor die Schwelle oder in das Heiligtum des Waldes; bei den Römern brachte man die geschuldete Summe in einen Tempel oder legte sie bei sich selbst versiegelt nieder. Heutzutage bringt man Geld, Kostbarkeiten, Urkunden, Wertsachen an die Hinterlegungsbehörde; bezüglich anderer Sachen bestehen leider noch lange nicht die nötigen Vorkehrungen, und der Schuldner ist hier mehr oder minder im Gedränge: er darf die Erfüllungssache, die der Gläubiger nicht annimmt, auf dem Wege der öffentlichen Versteigerung veräußern und den Preis hinterlegen (§ 383 BGB.) [2], — eine Aushilfe, welche aber durchaus nicht immer zum Ziele führt. Besser wäre es gewesen, hier, wie im Handelsrecht, dem Schuldner die Privathinterlegung in einem Lagerhaus und dergleichen zu gestatten. Ein Grundstück, das der Gläubiger nicht annimmt, darf er preisgeben (§ 303 BGB.). Was aber Dienste betrifft, so wird im Falle der Nichtannahme der Dienst als geleistet betrachtet, und der Gläubiger hat die Gegenleistung zu machen; nur kann er dabei abziehen, was dem Dienstleistenden durch die Nichtleistung erspart bleibt, oder was er infolge solcher Nichtannahme anderweitig erworben hat oder doch hätte erwerben können, wenn er nicht eine sich darbietende Gelegenheit wider die guten Treuen frevelhaft abgelehnt hätte (§ 615 BGB.) [3]; und ähnliches gilt auch bei dem Werkvertrag, wenn der Gläubiger das Werk nicht annimmt: selbstverständlich muß gerade im letzteren Fall alles, was dem Unternehmer durch die Nichtleistung erspart wird, abgezogen werden (§ 649 BGB.). Das BGB. drückt dies durch die Formel aus, der Besteller dürfe den Vertrag kündigen; das will heißen: erklären, daß er die Ausführung nicht wolle. Man denke sich den Fall, daß ich beim Architekten ein Haus bestellt habe und dies hernach bereue: ich kann das Haus abbestellen,

[1] Ein Anspruch auf Annahme und ein Zwang hierzu wäre sachwidrig: der Gläubiger kann ja jederzeit auf die Forderung verzichten. Aus § 433 folgt nicht das Gegenteil, noch weniger aus § 640 BGB. Jacobi, Jahrb. f. Dogm. **45** S. 269 hält mir den Fall vor, daß der Käufer erklärt, die Ware zwar annehmen, aber nicht zahlen zu wollen. Allein dies ist Zahlungsverzug und führt natürlich zur Haftung des Käufers. Unrichtiges auch bei Striebinger, Begriff der Abnahme (1906) S. 28 f.

[2] Statt der Hinterlegung des Erlöses kann natürlich auch die Aufrechnung treten, wenn der Fall gegeben ist, Zwölf Studien zum BGB. I S. 199, RG. 26. November 1906 Entsch. **64** S. 367.

[3] Nicht also, wenn er sie abgelehnt hat, um seine Gesundheit zu schonen; vgl. von Harenne, Annahmeverzug des Dienstberechtigten, S. 107.

kann „kündigen", aber nur in dem Sinne, daß ich dem Architekten die vereinbarte Gegenleistung mache, wobei dann die verschiedenen Abzüge in Betracht kommen: eine wahre Kündigung ist dies nicht. Vgl. unten S. 117.

Auf solche Weise wird dem Schuldner im allgemeinen geholfen; im einzelnen aber kann hier immer noch eine gewisse Härte übrig bleiben, denn er ist nicht immer in der Lage, oder es kann ihm nicht immer zugemutet werden, diese Ersatzmittel sofort in Anwendung zu bringen. Daher die weitere Bestimmung, daß, wenn der Gläubiger im Verzug der Annahme, d. h. im Verzug seiner Mitwirkungstätigkeit ist, der Schuldner ohne weiteres in seiner Verbindlichkeit erleichtert wird, erleichtert dadurch: daß Geldschulden aufhörten verzinslich zu sein, daß er nur noch für grobes Verschulden haftet, und daß ihm der Gläubiger für die Aufwendungen aufkommen muß, die infolge der Nichtannahme erwachsen (§§ 300—302, 304 BGB.). Noch mehr: es geht auch die Gefahr über, sofern der Schuldner bisher die Gefahr zu tragen hatte, §§ 300, 644 BGB.; z. B. wenn der Schuldner eine Geldsumme zahlen wollte und, nachdem er die Summe zurechtgelegt und dem Gläubiger vergebens angeboten hat, mit seinem Geld in die Hände der „Straßenräuber" fällt. Und da ferner im Fall des Gläubigerverzugs von einem Zahlungsverzug keine Rede ist, so fallen auch alle Folgen des etwaigen bisherigen Zahlungsverzugs weg.

Über die Voraussetzungen des Gläubigerverzugs gilt folgendes: Ist der Schuldner gehalten, die Sache zum Gläubiger zu bringen oder überhaupt in der Erfüllungstätigkeit die Initiative zu ergreifen, so muß er diese Initiative ergreifen, und erst dann kann von einem Verzug der Annahme die Rede sein; er muß mit anderen Worten die Leistung anbieten. Hat aber der Gläubiger die Initiative zu ergreifen, so ist er eigentlich im Verzug, sobald er dies zu einer Zeit unterläßt, wo es von ihm zu erwarten steht. Man hat indes, weil hier die Grenze oft schwer erkennbar wäre, mit Recht verordnet, daß der Schuldner in solchem Falle den Gläubiger noch besonders auffordern müsse, so daß erst nach erfolgtem „Verbalangebot" der Gläubigerverzug eintritt; nur dann soll dies nicht nötig sein, wenn für diese Initiativtätigkeit des Gläubigers eine bestimmte Kalenderfrist vorgesehen wurde: denn der Kalender mahnt von selbst. Übrigens soll auch im ersten Falle, also wenn der Schuldner die Initiative zu ergreifen hat, eine bloße Erklärung des Bereitseins (Verbalangebot) genügen, wenn der Gläubiger sich ausdrücklich dahin ausgesprochen hat, daß er nicht annehmen werde; denn es wäre mehr als töricht, wenn der Schuldner sich etwa mit 20 Wagen von Materialien bei dem Gläubiger einfinden sollte, nachdem dieser zum vornweg die Annahme bestimmt abgelehnt hat (§ 295 f. BGB.).

Noch mehr zeigt sich die Verknüpfung mehrerer Personen bei den Wahlverpflichtungen, bei denen der eine oder andere Teil das Leistungsobjekt durch Wahl zu bezeichnen hat, so daß diese Wahl zugleich die Verhältnisse des anderen Teils bestimmt. Nach römischem Rechte war der bloße formlose Rechtsakt nicht genügend, die Wahl zu fixieren: es bedurfte von seiten des Schuldners der Leistung, von seiten des Gläubigers der Klageerhebung und Litiskontestation, um die Wahl endgültig zu vollziehen. Bei uns genügt eine bloße ankunftsbedürftige Erklärung: dann ist die Wahl unverbrüchlich. Wird auf solche Weise gewählt, dann treten die übrigen Gegenstände aus dem Schuldverhältnis heraus. Neben der Wahl kann auch der zufällige Untergang der einen Sache die Unsicherheit heben: sobald die eine Sache untergeht oder die eine Leistung unmöglich ist, soll die andere ebenso Gegenstand des Schuldverhältnisses sein, als ob sie gewählt worden wäre. Vgl. § 262 f. BGB. So die gewöhnliche Lehre; sie ist aber nur für Schenkungen, nicht für Verkehrsgeschäfte zutreffend. Die übrigbleibende Sache ist möglicherweise für den Gläubiger ganz unbrauchbar: in solchem Falle muß ihm aequitatis ratione das Recht gegeben werden, die untergegangene Sache zu wählen, d. h. sich für die durch Unmöglichkeit eintretende Unwirksamkeit des Vertrages auszusprechen [1].

Wählt der wahlberechtigte Gläubiger nicht, so geht das Wahlrecht auf den Schuldner über, dem man aber auch die Befugnis geben muß, anstatt dessen vom ganzen Vertrag zurückzutreten; wählt der wahlberechtigte Schuldner nicht und wird er schließlich alternativ verurteilt, so kann der Gläubiger, wenn er auf dem Vollstreckungswege die Deckung sucht, nach seiner Wahl

[1] Vgl. Lehrbuch II S. 49, 55 f. Der Gläubiger kauft einen Herren- oder einen Damenmantel (letzteren für seine Braut, für den Fall daß die Verlobung zustande kommt). Der Herrenmantel verbrennt im Warenhaus, die Verlobung kommt nicht zustande. Was soll ihm jetzt der Damenmantel? Ist es angemessen, ihm ein Damenkostüm aufzudrängen, ohne daß er es wählt?

die Vollstreckung auf die eine oder andere Sache lenken; der Schuldner kann aber immer noch wählen und das Gewählte leisten: die Wahl ist ihm erst dann definitiv entzogen, wenn die Vollstreckung zur vollständigen oder teilweisen Deckung geführt hat, § 264 BGB.

Von Wahlverpflichtungen verschieden sind die Verpflichtungen, bei denen der Schuldner eine sog. facultas alternativa hat, d. h. die Möglichkeit, sich durch eine andere als die geschuldete Leistung zu befreien, z. B. wenn der Schuldner an sich schadenersatzpflichtig ist, aber die Befugnis hat, an Stelle des realen Schadenersatzes Geldentschädigung zu leisten (z. B. wegen unverhältnismäßigen Aufwands, § 251 BGB.), oder wenn jemand verpflichtet ist, eine Sache herauszugeben, aber die Möglichkeit hat, an Stelle der Sache ihren Wert zu bieten (§§ 1973, 1992 BGB.). In diesem Falle ist nur der eine Gegenstand Verpflichtungsgegenstand, so daß, wenn die Verpflichtung auf diesen Gegenstand aus irgendeinem Grunde aufhört, nicht etwa ein anderer Gegenstand zu leisten ist. Der Schuldner hat eben die Möglichkeit, sich durch etwas anderes als den Erfüllungsgegenstand zu befreien, und dies braucht er nicht, wenn seine Schuld untergegangen ist.

3. Zusammenhänge von Schuldverhältnissen.

§ 65. Die Zusammenhänge, welche man als gegenseitige Schuldverhältnisse zu bezeichnen pflegt, entstehen durch diejenigen Geschäfte, deren wirtschaftlicher Zweck der Austausch von Lestungen ist, Austauschgeschäfte, und diese Austauschgeschäfte nehmen dann einen besonderen Charakter an, wenn auf der einen Seite Geld, d. h. der allgemeine abstrakte Wertmesser, zu leisten ist: denn dadurch gewinnt die Leistung auf dieser Seite etwas Abstraktes, was das Geschäft beweglicher und für die Ausgleichung günstiger macht, als wenn die Leistung aus anderen Dingen bestünde. Im übrigen kann es sich um den Umtausch von Gegenständen gegen Gegenstände, von Gegenständen gegen Leistungen, von Leistungen gegen Leistungen handeln. Dieser Austauschcharakter würde nun schwer verkannt, wollte man bei den Schicksalen, welche einem Schuldverhältnisse beschieden sein können, es übersehen, daß beide Verpflichtungen eine Einheit ausmachen, daß sie für einander bestimmt sind und ein wirtschaftliches Ganze bilden.

Das BGB. § 323 f. hat sich sehr eingehend mit diesen Beziehungen befaßt; aber sie bieten so viele Gesichtspunkte, daß unmöglich eine Gesetzgebung all und jede Kombination zu regeln vermag; die Rechtswissenschaft muß daher mit einer gewissen Freiheit an die Bestimmungen des Gesetzes herantreten und darf sich nicht durch den Buchstaben binden lassen.

Tritt auf der einen Seite nachträglich eine Unmöglichkeit oder ein Unvermögen der Leistung ein, für das kein Teil zu haften hat, so muß auf der anderen Seite die entsprechende Leistung ebenfalls aufhören, geschuldet zu werden. Es entstünde sonst ein ganz anderes Ergebnis, als man verkehrsmäßig erstrebte: man wollte Leistung gegen Leistung und hätte nun einseitige Leistung; man wollte tauschen, man wollte nicht schenken.

Allerdings ist damit die Sache nur insoweit erledigt, als es sich um momentanen Tausch handelt; denn wenn auf der einen oder anderen Seite länger dauernde Leistungsverhältnisse vorliegen, so kann der Fall nicht damit abgetan sein, daß man für die nicht mehr mögliche Leistung auf der einen Seite einfach die entsprechende Leistung auf der anderen Seite abzieht. Wenn z. B. bei einem Dienstverhältnis der Dienstleistende eine Zeitlang an der Dienstleistung gehindert ist, so ist das Verhältnis nicht damit begütigt, daß ein entsprechender Lohnabzug stattfindet, sondern man muß auch erwägen, ob nicht wiederum das Dienstverhältnis mit seinen sukzessiven Leistungen eine Einheit bildet, deren Fortsetzung dem Zahlungsleistenden nicht zugemutet werden kann, sobald es eine Zeitlang unterbrochen wird. Und noch viel mehr gilt dies in Gesellschaftsverhältnissen: hier können darum die gewöhnlichen Grundsätze des Tauschgeschäftes nur rechtsähnliche Anwendung finden und müssen durch andere, der Besonderheit des Vertragsverhältnisses entsprechende Regeln ergänzt oder geändert werden.

Liegt eine teilweise Unmöglichkeit vor, so ist die andere Leistung entsprechenderweise zu verringern, und dies in der Art, daß, wenn sie nicht in Geld besteht, zwar die ganze Sache zu geben ist, aber der Überschuß in Geld ausgeglichen werden muß. Indes kann auch dies nicht immer wörtlich durchgeführt werden; so, wenn beispielsweise auf der einen Seite eine Wohnung, auf der anderen Seite Dienste zu leisten sind, und wenn der Dienstleistende erkrankt, so daß er die

Dienste nur mangelhaft tun kann; hier wäre es nicht entsprechend, wenn er nun doch die Wohnung behielte und einfach draufzuzahlen hätte; am allerwenigsten, wenn er etwa als Pförtner in die Wohnung aufgenommen ist, um Portiersdienste für das Haus zu leisten. In solchen Fällen müssen die besonderen Grundsätze des Dienstverhältnisses mit in Betracht kommen, und muß dem Hausherrn ein Kündigungsrecht gewährt werden (§§ 323, 473, 626 BGB.).

In Dienst- wie in Gesellschaftsverhältnissen muß überhaupt berücksichtigt werden, daß es sich nicht nur um einen bloßen Gegenseitigkeitsvertrag, sondern um gegenseitige Rechtsverhältnisse handelt, welche Rechtsverhältnisse eine besondere Weise der Abwickelung erheischen [1].

Schwieriger noch werden die Dinge dann, wenn der eine Teil für die Unmöglichkeit einstehen muß. So kann beispielsweise der Gläubiger für die Unmöglichkeit aufzukommen haben, weil er selber die Leistung des Schuldners unmöglich macht oder sie nicht annimmt: hier hat der Gläubiger dem Schuldner die volle Gegenleistung zu zahlen, allerdings mit Abzug dessen, was diesem hierdurch erspart ist, und dessen, was der Schuldner dadurch, daß er seiner Dienste entledigt wird, in entsprechender Weise anderweit verdienen kann (§ 324 BGB.). Vgl. S. 88.

Ähnliche Grundsätze müssen auch bei dem Patienten in einer Heilanstalt gelten: kommt der Leidende nicht, nachdem alles bestellt ist, so zahlt er das Bedungene mit den entsprechenden Abzügen, ebenso, wenn er sich vorher entfernt; tut er es aber, weil er die Heilbehandlung nicht ertragen kann, so bezahlt er nur das dem Bisherigen Entsprechende, denn es liegt eine nicht in seiner Person allein begründete Unmöglichkeit der Leistung vor: eine Heilmethode, die schädlich wirkt, ist keine Heilmethode. Schwierigkeiten entstehen, wenn die Leistungen in der fortdauernden Lieferung von vertretbaren Sachen für individuelle Zwecke bestehen; z. B. der Gast eines Hotels hat sich für gewisse Mahlzeiten verpflichtet und kann wegen Erkrankung an den Mahlzeiten nicht teilnehmen. In solchem Falle kann der Pensionspreis nur verlangt werden abzüglich dessen, was der Wirt dadurch erspart, daß er die Kost nicht weiter zu leisten hat.

Am allerschlimmsten aber fährt man mit der Wortauslegung, wenn es sich um den Fall handelt, wo der Schuldner selber durch sein Verschulden sich die Erfüllung unmöglich gemacht hat. Es versteht sich von selbst, daß der Gläubiger in diesem Falle Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann. Dies könnte er schon bei einseitigen Vertragsverhältnissen; man denke sich den Fall, daß bei einem Schenkungsversprechen der Schenker aus Zorn und Arglist den Gegenstand der Schenkung absichtlich vernichtet hätte (§§ 280, 521 BGB.). Handelt es sich aber um einen gegenseitigen Vertrag, so treten hier besondere Interessen ins Spiel. Einmal kann, wenn die eine Leistung auf solche Weise unmöglich gemacht wird, der andere Teil von sich aus leisten und von dem Schuldigen Schadenersatz verlangen: dann wird die Sache nach den Grundsätzen des einfachen Vertrages behandelt; denn es ist nicht einzusehen, warum der vertragstreue Teil hier nicht die nämlichen Rechte haben sollte, wie wenn beide Leistungen getrennt wären: ist es doch die Schuld des anderen Vertragsgenossen, daß das Verhältnis von Leistung zur Leistung gebrochen worden ist! Dies wird darum auch in § 325 ausdrücklich ausgesprochen; es ist insbesondere auch darum wichtig, weil der vertragstreue Teil, wenn die Gegenleistung schuldhaft verschlechtert und dadurch teilweise unmöglich gemacht worden ist, die verschlechterte Sache zurückweisen und Schadenersatz verlangen kann, als wenn diese Sache ganz vernichtet worden wäre. Z. B. der A. tauscht sein Pferd gegen das des B. aus; vor der Ablieferung reitet B. sein Pferd zuschanden; A., welcher sein Pferd liefert, braucht dafür kein schadhaftes Pferd in Tausch zu nehmen: er könnte das schadhafte Pferd zurückweisen, auch wenn es sich um ein einseitiges Rechtsgeschäft handelte, § 280.

Nach § 325 BGB. hat aber in solchem Falle A. die weitere Befugnis: er kann vom Vertrag zurücktreten. Dies versteht man gewöhnlich dahin: er leistet sein Pferd nicht, nimmt das andere nicht an, und beide sind quitt. Das ist falsch. Er kann nicht nur zurücktreten, sondern nach § 275 auch Schadenersatz verlangen, weil der andere Teil diesen Rücktritt veranlaßt und dadurch möglicherweise den A. schwer geschädigt hat.

Man will dies nicht gelten lassen; man sagt: A. habe die Alternative, er könne sein Pferd hingeben und Schadenersatz verlangen; er könne auch von dem Geschäft zurücktreten, so daß er

[1] Lehrbuch II S. 259. Dies wird nun auch, namentlich was die Gesellschaftsverhältnisse betrifft, immer mehr anerkannt, RG. 21. Februar 1912 Entsch. 78 S. 303; und 11. Februar 1913 Entsch. 81 S. 303. Verfehlt Knoke, Recht der Gesellschaft (1901) S. 45 f.

sein Pferd behielte, aber nichts bekäme; ein drittes sei nicht möglich. Eine so dürftige und ungelenke Gestaltung kann unmöglich die des BGB. sein. Entweder müßte hier A. sein gutes Pferd weggeben, oder er müßte auf jeden Schadenersatz verzichten — ein Ergebnis, wie es nur die farbloseste Scholastik ersinnen kann.

Noch viel häufiger als der Fall, daß der eine Schuldner seine Leistung unmöglich macht, wird der Fall sein, daß er mit seiner Leistung in Verzug bleibt. Bei gegenseitigen Verträgen gaben schon das französische Recht und das Handelsgesetzbuch dem vertragstreuen Teil das Recht des Rücktritts, d. h. die Befugnis, die Abhängigkeit beider Verpflichtungsverhältnisse und die durch die Abhängigkeit entstehenden Schwächen des Ganzen dadurch zur Geltung zu bringen, daß er die Lösung des Ganzen verlangte. Das BGB. hat dies übernommen; der säumige Teil wird hier behandelt, als ob er seine Leistung unmöglich gemacht hätte; wobei man aber regelmäßig die Setzung einer Nachfrist erfordert[1]. Dies ist die wichtige Bestimmung des § 326 BGB. Früher gründete man dieses Rücktrittsrecht auf einen stillschweigenden Willen der Parteien, auf eine lex commissoria tacita und ähnliches. Dies ist eine verkehrte naturrechtliche Konstruktion. Das, was dem vertragstreuen Teil das Recht der Auflösung gibt, ist die Verkehrsvernunft: er soll nicht an ein Geschäft gebunden sein, dessen Entwickelung der Verkehrsnorm ins Gesicht schlägt.

Der vertragstreue Teil hat auch hier die Wahl, zurückzutreten oder Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen; aber auch hier ist weiter zu sagen: letzteres kann er in der Art, daß er seinerseits erfüllt und einseitig Schadenersatz begehrt; er kann aber auch zurücktreten und Ersatz verlangen wegen des Vorteils, den das Gesamtgeschäft ihm gebracht hätte und der ihm hierdurch entzogen worden ist. Jede andere Behandlung verstieße gegen die Gebote der Angemessenheit des Verkehrs.

Etwas besonderes gilt noch im Falle der Stundung bei Kaufgeschäften: ist nämlich der geschuldete Gegenstand geleistet und der Preis gestundet, so findet wegen Verzugs in der Zahlung des gestundeten Kaufpreises kein Rücktrittsrecht statt, denn man will eine rückläufige Bewegung des Kaufgegenstandes möglichst verhindern, weil dies Stockungen des Verkehrs herbeiführen würde, §§ 454, 515 BGB.

Übrigens muß auch sonst beachtet werden, daß man das Rücktrittsrecht nicht mißbrauchen darf: es wäre ein Mißbrauch, wenn man zurücktreten wollte, weil der Schuldner mit einem ganz kleinen Teile der Leistung im Rückstande wäre[2].

§ 66. Das Problem der Gesamtschuldnerschaft[3], d. h. des Verhältnisses, wo mehrere Schuldner für dieselbe ganze Leistung einstehen, ist vor dem BGB. in Deutschland viel, wohl allzuviel behandelt worden, allerdings meist in scholastischer Weise ohne Erkenntnis des Handels und Wandels und ohne Eindringen in die Bedürfnisse des Verkehrs, welche zu dieser Rechtsform geführt haben. Dazu kam, daß Einzelheiten des römischen Rechtes oft in verkehrter Weise aufgefaßt wurden, was um so unfruchtbarer war, als die Stellen teilweise interpoliert sind und uns nur ein getrübtes Bild dessen geben, was die römischen Juristen seinerzeit gemeint haben. Soviel daher auch die Materie besprochen worden ist, wichtige Fragen wurden nicht oder nur ganz unvollständig und flüchtig erörtert.

Die ganze Unterscheidung, mit der man sich fast ein Jahrhundert lang herumgequält hat, zwischen Korreal- und Solidarobligationen, und der ganze Unterschied zwischen dem einen Fall, wo angeblich nur eine Obligation mit mehrfachen Subjektivbeziehungen, und dem anderen Fall, wo zwei Obligationen vorhanden sind, ist unpraktisch geblieben und hat nur zu den äußersten Subtilitäten und Verwirrungen geführt. Von einer Einheit der Schuld kann hier gar nicht die Frage sein: wenn mehrere Personen verpflichtet sind, so sind es eben mehrere Schuldverhältnisse, und nur das ist hierbei möglich, daß diese Mehrheit der Schuldverhältnisse zu einem und demselben Ziele führt und eine und dieselbe Leistung bezweckt. Es ist eine gesunde Idee, daß mehrere Personen verpflichtet sind in bezug auf den nämlichen Leistungsgegenstand; denn in diesem Falle hat der Gläubiger mehrere Schuldverhältnisse zu seiner Verfügung, und er kann sicherer auf die Erfüllung rechnen, als wenn er nur einen Schuldner in Verpflichtung

[1] Regelmäßig; anders bei endgültiger Ablehnung, RG. 1. Nov. 1907 und 10. Januar 1908 Entsch. 66 S. 419, 67 S. 314.

[2] RG. 21. April 1911 Entsch. 76 S. 150.

[3] Lehrbuch II S. 146 f.

hätte; und zwar kommen hierbei nicht nur die Wertgarantien in Betracht, welche in dem Vermögen der verschiedenen Schuldner liegen — das gleiche könnte ja auch ein Pfand bieten —, sondern auch die persönlichen Sicherheiten, die darin bestehen, daß mehrere Personen eine Verbindlichkeit als ihre Schuld und damit als ihr „Obligo", als ihre zugleich moralische Pflicht übernehmen. Der Gläubiger kann daher auf mehrere statt auf einen Willen vertrauen. Der eine Schuldner ist vielleicht ein bekannter Schikaneur, der andere ein bekannter Verschlepper (was man in der Schweiz Träler nennt), der dritte ist ein honetter Mann, der niemandem etwas schuldig bleibt. Daß dieser Dritte unter den Schuldnern ist, ist für den Gläubiger ein besonderer Vorteil, nicht bloß wegen seines Vermögens, sondern wegen seiner moralischen Eigenschaften. Im übrigen beruht der ganze Unterschied zwischen Korreal- und Solidarobligation auf nachfolgendem Entwicklungsmoment.

Es ist den Völkern ursprünglich noch nicht faßbar, daß zu gleicher Zeit mehrere Personen auf denselben Gegenstand verpflichtet sein können, und der Gedanke der Gesamtschuld macht darum verschiedene Stufen durch, bis er sich in seiner Reinheit darstellt: entweder so, daß der eine verpflichtet ist und der andere nur unter bestimmten Umständen haftet, oder so, daß der Gläubiger eine Art von Wahlrecht hat und er aus verschiedenen Verpflichteten einen auswählen kann, aber, wenn er den einen wählt, damit zugleich die Verbindlichkeit der übrigen beseitigt. Diesem System gehörte die römische Korrealobligation an, deren Hauptcharakteristikum darin bestand, daß, wenn der Gläubiger den einen Schuldner bis zur Litiskontestation verklagt hatte, die übrigen frei wurden. Die Römer fanden es zunächst undenkbar, daß neben der prozessualischen Verbindlichkeit des einen die materielle Verbindlichkeit des anderen noch weiterbestünde. Erst eine weitere Entwicklung war es, als man sich darüber hinwegsetzte, was in der sog. Solidarobligation geschehen ist, während man sich bei der Korrealobligation bis in die späteren Zeiten mit dem alten System behalf. Als mit Justinian diese Besonderheit der Korrealobligation erlosch, war ein Unterschied zwischen beiden nicht mehr gerechtfertigt, und von einer doppelten Art der Gesamtverbindlichkeiten hätte im 19. Jahrhundert nicht mehr die Rede sein sollen, ebensowenig, als in den Zeiten des Bartolus oder in den Zeiten der Praktiker des 16. und 17. Jahrhunderts davon die Rede war, abgesehen von einigen Andeutungen bei Molinäus u. a.

Von viel größerer Bedeutung ist ein germanisches Element, das sich während der mittelalterlichen Entwicklung siegreich in das Institut eingeschoben hat, daß nämlich die mehreren Schuldner eine Genossenschaft bilden, von denen zwar jeder dem Gläubiger als Gesamtträger der Schuld gegenübersteht, während die mehreren unter sich Genossen sind, welche die Lasten der Schuld gemeinsam zu tragen haben [1]. Dies ist ein außerordentlich fruchtbarer Gedanke, der im römischen Recht nur unvollkommen zur Entwicklung kam, aber im gemeinen Recht, beispielsweise von Molinäus, klar erkannt wurde. In seinem etwas wunderlichen Werke Extricatio Labyrinthi dividui et individui Pars III nr. 89 sagt er von den Korrealschuldnern: inter se debent contribuere, ut unus conventus et coactus totum praestare recursum habeat contra consortes etiam sine cessione actionum creditoris, idque indistincte, etiam si ex causa lucrativa obligati sint; und weiter handelt er darüber in seinen „lectiones Dolanae" unter Bezug auf fr. 76 de solut. Wie sehr er hierin seiner Zeit vorangeschritten war, zeigt der Umstand, daß noch im 18. Jahrhundert Pothier ihm nicht folgen konnte [2], und noch mehr, daß man selbst im 19. Jahrhundert in dieser Beziehung fehlgegangen ist. Heutzutage ist der Gedanke siegreich zum Ausdruck gekommen; es wäre unserem Gerechtigkeitsgefühl sehr zuwider, wenn etwa der Zufall, ob es dem Gläubiger gefiele, eher den einen als den anderen herauszugreifen,

[1] In genialer Weise spricht dies der Sachsensp. III 85 § 1 aus: Svar mer lüde den ein geloven to samene en weregelt oder en ander gelt, al sin sie it plichtich to lestene, die wile it unvergulden is, unde nicht ir iewelk al, mer manlik also vele alse ime gebort, unde alse vern als (man) in dar to gedvingen mach von gerichtes halven die, deme it dar gelovet is, oder die it mit ime gelovede, of he it vor ine vergulden hevet. Die Stelle steht an Rechtsinstinkt weit über dem römischen Recht. Vgl. ferner Schilter, praxis juris romani XLVIII 19, Bluntschli, Rechtsgeschichte von Zürich II S. 237, Huber, Schweizer. Privatr. IV S. 848. Materialen (aber nichts als Materialien) bei Stobbe, Geschichte des d. Vertragsrechts S. 139 f.

[2] Pothier, Traité des oblig. II ch. 3 a 8 § 5, der auch ein Urteil vom 26. August 1706 und Renusson, traité des subrogations ch. Nr. 9 68 und Nr. 7 gegen Dumoulin anführt.

darüber zu entscheiden hätte, wer schließlich die Last zu tragen habe. Allerdings darf solches Genossenschaftsverhältnis dem Gläubiger gegenüber nicht hervortreten [1], und es war ein Irrgang, als man in der gemeinrechtlichen Praxis den Genossen allgemein ein Recht der Teilung, eine exceptio divisionis, gegenüber dem Gläubiger geben wollte, so daß dieser die Forderung unter die zahlungsfähigen Gesamtschuldner zu zerlegen hätte. Damit hob man zwar die Vorteile der Gesamtschuld nicht gänzlich auf, allein sie wurden doch bedeutend verringert; denn was die Schuldner hierbei gewannen, das büßte der Gläubiger an Schnelligkeit und Leichtigkeit des Einzuges ein, und es fiel für den Gläubiger der eine große Vorteil weg, daß ein einziger vertragstreuer Schuldner ihm über alle Ärgerlichkeiten hinweghilft. Darum wollte auch der Handelsverkehr von dieser Einrede nichts wissen, und auch unser BGB. hat sie nicht aufgenommen. Das Genossenschaftsverhältnis ist eine Sache der Genossen unter sich und berührt nur sie, nicht den Gläubiger.

Auf diese Weise sind die Gesamtschuldner selbständige Schuldner, was sich auch dadurch erweist, daß der eine unbedingt, der andere bedingt, der eine unbetagt, der andere betagt verpflichtet sein kann, der eine aus dem Vertrag, der andere aus dem Delikt [2], der eine für den ganzen Betrag, der andere nur bis zum Belauf eines bestimmten Wertes oder einer bestimmten Vermögenssumme [3]. Eine Zeitlang wollte man allerdings noch neue Elemente einschieben: entweder den Gedanken, daß die mehreren Gesamtschuldner einander gegenseitig verträten, so daß, was gegenüber dem einen geschieht, auch gegenüber dem anderen als geschehen gelten müsse; oder man hegte die Idee, daß ein gegenseitiges Bürgschaftsverhältnis vorliege und jeder für den anderen einzustehen habe, was man sich etwa so dachte, daß jeder für seinen Teil Selbstschuldner und für den Teil der übrigen Bürge sei (dies war die Auffassung des Code Napoléon). Beide Ideen sind abzulehnen. Von einer solchen Vertretung kann keine Rede sein: sie wäre in den Verhältnissen nicht begründet; ohne Wissen und Willen des einen kann ein zweiter und dritter Gesamtschuldner hinzutreten, und es wäre eine Art Bedrängnis, wenn etwa der frühere Schuldner, der von seinen neuen Kollegen nichts weiß, sich selbst alles gefallen lassen müßte, was diesen gegenüber geschieht. Aber auch die Idee der gegenseitigen Bürgschaft wird den Verhältnissen nicht gerecht. Es ist durchaus nicht der Gedanke, als ob die eine Persönlichkeit für die andere eintreten solle, sondern alle treten ein, jeder für den gemeinsamen Zweck. Daher ist zwischen der Gesamtschuldnerschaft und der Bürgschaft ein großer Unterschied: der Bürge hat für den Hauptschuldner aufzukommen; alles, wodurch der Hauptschuldner dem Gläubiger gegenüber seine Lage einseitig verschlechtert, muß der Bürge auf sich nehmen: er muß für den Verzug haften wie für die Verschuldung (§ 767 BGB.). Das sind Verhältnisse, die der Gesamtschuldnerschaft widersprechen: kein Gesamtschuldner will Gewähr leisten, daß sein Genosse gut und zuverlässig sei, sondern jeder verspricht nur die Leistung derselben Sache und tritt dadurch in das gemeinsame Leistungsinteresse. Und die Sicherheit des Gläubigers liegt nicht darin, daß die Schuldigkeit des einen sich der des anderen akzessorisch anhängt, sondern darin, daß jeder Teil für sich Schuldner des Ganzen ist.

Jeder Teil ist also für sich Schuldner; daher kann die Vollstreckung gegen jeden unabhängig geschehen, ohne Rücksicht auf das, was der Gläubiger von den anderen bekommen kann; nur daß natürlich, wenn der Gläubiger völlig bezahlt wird, die Schuld eines jeden erlischt. Daher kann im Konkurs eines jeden der verschiedenen Gesamtschuldner das Ganze angemeldet werden, und wenn die Schuldner zu einem Tun verpflichtet sind, so können gegen jeden zu gleicher Zeit die Zwangsmittel des Prozesses angestrengt werden, bis eben der Gläubiger seine Befriedigung erlangt hat. Man hatte früher vielfach die Behandlungsweise verteidigt, als ob der Gläubiger nur gegen den einen Konkursschuldner die gesamte Summe anmelden könne, und gegen den zweiten nur den im ersten Konkurse zu erwartenden Ausfall, — eine Behandlungsweise, welche vollkommen dem Zweck widerspricht und den Gedanken verletzt, daß jede der verschiedenen Haftungen dazu da ist, um das eine Ergebnis vollständig zu erzielen. Wenn der Gläubiger von jedem das Ganze so lange prozessualisch eintreibt, bis er

[1] Vgl. auch RG. 11. März 1913 Entsch. 82 S. 25. Über einen Fall, wo ausnahmsweise das Genossenschaftsverhältnis dem Gläubiger gegenüber zur Geltung kommt, vgl. unten S. 96.

[2] Vgl. RG. 25. November 1911 Entsch. 77 S. 317.

[3] So bei der Haftung im Sinne des § 419 BGB., RG. 22. Juni 1908 Entsch. 69 S. 284. Man hat daher auch von unechter Gesamtschuld gesprochen, RG. 22. November 1907 Entsch. 67 S. 178.

e i n m a l das Ganze hat, so treibt er nur das ein, was er zu verlangen hat; er erreicht dann eben das Ganze durch mehrmaliges Eintreiben, und dazu ist er berechtigt: daß er nur eine einmalige Deckung erlangen kann, hindert nicht, daß er eine mehrmalige Eintreibungstätigkeit vollziehen darf, welche ihm dann eben die einmalige Deckung gewährt.

Das BGB. hat die Folgerungen aus diesen Gedanken gezogen. Es kennt weder eine exceptio divisionis, noch nimmt es eine gegenseitige Vertretung oder gegenseitige Verbürgung an. Zahlt einer der Schuldner, so werden natürlich alle befreit, ebenso im Falle einer sonstigen Befriedigung: ebenso namentlich im Falle der Leistung an Erfüllungs Statt und in dem Fall, wenn einer der Schuldner aufrechnet. Alles dieses ist um so klarer, als ja auch, wenn ein Dritter bezahlt, oder der Gläubiger von einem Dritten Leistung an Erfüllungs Statt angenommen hätte, die Obligation erlöschen müßte. Und ebenso versteht es sich von selber, daß, wenn der Gläubiger dem einen Schuldner gegenüber in Annahmeverzug kommt, der Annahmeverzug allen Schuldnern nützt: denn auch wenn ein Dritter in rechtsgültiger Weise Zahlung angeboten hätte und der Gläubiger in Annahmeverzug gekommen wäre, so müßte dieser Annahmeverzug dem Schuldner nützen und seine Stellung in der Schuldhaftung erleichtern; der zahlende oder zahlenwollende Genosse gilt aber mindestens ebenso viel wie ein Dritter.

Auch das versteht sich von selber, daß, wenn der eine der Schuldner in Verzug kommt oder durch seine Fahrlässigkeit oder Arglist seine Schuldhaftung steigert, dies nur sein spezieller Nachteil ist und in keiner Weise die übrigen Schuldner treffen kann [1]; ebenso klar ist es, daß die Verjährung des einen in keiner Weise den anderen berührt, was ja um so selbstverständlicher ist, als möglicherweise für die verschiedenen Schuldner trotz der Gesamtschuldnerschaft verschiedene Zahlungszieler bestehen und der eine bedingt, der andere unbedingt, der eine betagt, der andere unbetagt haften kann. Wenn man früher angenommen hat, daß durch die Unterbrechung der Verjährung des einen auch die Verjährung der übrigen unterbrochen würde, so ist dies völlig unhaltbar und den Lebensverhältnisse nwidersprechend; denn wie sollte es gerecht sein, daß der eine, der auf die Verjährung baut, um dieses Hilfsmittel gebracht wird, falls irgendeiner der übrigen, ein ihm vielleicht ganz unbekannter Geselle, ein Anerkenntnis ausspricht oder eine Abschlagszahlung macht.

Und ebenso begründet ist es, daß der Prozeß eines jeden selbständig wirkt und die Entscheidung bezüglich des einen Gesamtschuldners nicht auch gegenüber seinen Genossen gilt. Das Gegenteil ist nur dann gerecht, wenn auch die übrigen in den Prozeß hineingezogen worden sind, und dies kann ja sowohl der Gläubiger als auch der verklagte Schuldner tun, wenn sie ein Interesse an der gleichheitlichen Feststellung haben. Die Annahme der Einwirkung des Prozesses des einen auf den anderen Schuldner war eben im gemeinen und modernen Recht nur eine verfehlte Folgerung der unrichtigen Vertretungstheorie; im römischen Recht konnte für die Korrealobligationen, solange sie in ihrer eigentümlichen Form bestanden, die Frage gar nicht auftauchen, weil durch die Litiskontestation mit dem einen alle anderen befreit wurden.

Was den Erlaßvertrag betrifft, so gilt folgendes: Es wäre ein Rechtssatz denkbar, wonach der Erlaß immer nur gegenüber demjenigen Schuldner wirkt, mit dem der befreiende Vertrag abgeschlossen worden ist; denn von einem Vertretungsverhältnis ist keine Rede. Indes, warum sollte nicht auch ein Erlaß zugunsten Dritter erfolgen können, also ein lösender Vertrag mit Wirkung auf einen Dritten, ebenso wie es verpflichtende Verträge zugunsten eines Dritten gibt? Und dafür muß um so mehr noch die Art sprechen, wie der Erlaß sich betätigen kann, nämlich durch Rückgabe des Schuldscheines, der möglicherweise von sämtlichen Schuldnern unterzeichnet ist. Anderseits versteht sich von selber, daß auch ein Erlaß in dem minderen Sinne zulässig sein muß, daß bloß der eine Schuldner ausscheidet, die übrigen bleiben [2]. Das BGB. hat mit Recht beide Arten

[1] Daher kann möglicherweise die Forderung gegen den einen Gesamtschuldner, der säumig war, eine Forderung auf den Gesamtschuldbetrag sein, plus der Versäumnissteigerung, während sie gegen die übrigen Gesamtschuldner nur eine Forderung auf den Gesamtschuldbetrag ist ohne dieses plus — ein Umstand, der auch im Falle des Regresses in Betracht kommt. Vgl. auch RG. 12. Juli 1913 Entsch. 82 S. 436. Auch die Zession der Forderung gegen den einen Gesamtschuldner ist möglich.

[2] Nach den Statuten von R o m 1363 I § 102 sollte der Vergleich mit einem Solidarschuldner auch für die übrigen gelten. Ebenso R o m 1580 I § 162.

des Erlaßvertrags als möglich hingestellt und dabei bestimmt, daß im Zweifel die mindere Art anzunehmen sei.

Das genossenschaftliche Verhältnis der mehreren Schuldner kann in den verschiedensten Folgerungen hervortreten; so können sie vereinbaren, daß der eine die andern auslösen oder den Verfall abwenden soll [1].

Die Hauptfolge des genossenschaftlichen Verhältnisses ist aber das Recht des Rückgriffs, des Rekurses, wie schon Molinäus lehrte: hat der eine bezahlt, so hat er den Regreß gegen seine Genossen, so daß schließlich die Last nach Art des genossenschaftlichen Verhältnisses verteilt wird. Der Rückgriff könnte so gestaltet sein, daß A., der gezahlt hat, von dem Genossen B. die Zahlung des Ganzen verlangen könnte, abzüglich des dem A. zur Last fallenden Teiles, und daß B. sodann gegen C. in ähnlicher Weise vorginge [2]. Bei uns hat sich aber schon längst ein anderes System als dem genossenschaftlichen Verhältnisse entsprechender entwickelt: A. kann von Anfang an von jedem Genossen nur den Ersatz des diesem Genossen zur Last fallenden Teiles begehren, also, wenn jeder Genosse ein Drittel zu tragen hat, von jedem ein Drittel, während er sein Drittel auf sich behält [3]. Sollte einer der Genossen zahlungsunfähig sein, so haben die übrigen die Sache unter sich auszumachen, wie wenn der Zahlungsunfähige nicht vorhanden wäre. Das Verhältnis, in dem die Genossen zueinander stehen, richtet sich nach dem Obligationsgrund: möglicherweise hat der eine alles zu tragen, so daß der Regreß ganz auf ihn zurückgeht; gewöhnlich aber werden sie sich teilen, wobei die Beteiligung wieder eine mannigfaltige sein kann; im Zweifel aber ist sie eine gleichmäßige (§§ 426, 840, 841 BGB.). Hier kann nun ausnahmsweise das Genossenschaftsverhältnis nach außen hervortreten; denn wenn der Gläubiger einen der Genossen in der Art aus der Haftung entlassen hat, daß dieser von der Schuld befreit sein soll, so kann dies nur in der Art geschehen, daß die übrigen Genossen nunmehr dem Gläubiger nur abzüglich des Betrages haften, den sie von diesem entlassenen Genossen auf dem Wege des Regresses hätten bekommen können [4]. Anders, wenn ein Genosse auf Klage des Gläubigers freigesprochen worden ist [5]: dies berührt die genossenschaftliche Beziehung nicht. Im übrigen unterliegt der genossenschaftliche Rückgriff der gewöhnlichen Schuldverjährung, denn die genossenschaftliche Ausgleichung beruht nicht nur auf einer cessio actionis, so daß der Genosse einfach den Anspruch des Gläubigers geltend machte, sondern sie beruht zunächst auf der internen Beziehung von Schuldner zu Schuldner [6].

Das Gesamtschuldverhältnis kann aus Vertrag, aus gesetzlichen Umständen oder aus unerlaubter Handlung entspringen. Aus Vertrag entspringt es, sobald mehrere Personen gemeinsam Vertragsschuldner werden, ohne daß eine Teilung der Schuld unter sie verabredet wird (§ 427 BGB.); es bedarf also nicht, wie im gemeinen Recht, einer ausdrücklichen Gesamtschuldklausel: die Gesamtschuld versteht sich von selbst [7]. Dies war auch von jeher im Handel üblich. Aus

[1] RG. 26. April 1912 Entsch. 79 S. 288.

[2] Diese Art des Rückgriffs gilt z. B. im Islamrecht: sukzessiver Regreß, Z. vgl. R. VI 217.

[3] So auch schon die italienischen Statuten, so Friaul 1504 V 20: agendo tamen pro rata tantum quemlibet eorum tangente de debito. Dies gilt daher auch dann, wenn der Gläubiger dem Zahlenden seine Rechte ausdrücklich abgetreten hat, Kammergericht 28. Juni 1902, Mugdan V S. 333.

[4] Auch sonst unterliegt bei der Ausgleichung manches der Billigkeit des einzelnen Falles; so bei mehreren Mitbürgen, von denen jeder die Bürgschaftshaftung nur bis zu einem bestimmten Betrag oder unter besonderen Umständen übernommen hat, RG. 27. Februar 1913 Entsch. 81 S. 414.

[5] Diese Freisprechung kann keinen der Genossen befreien, auch die Rückgriffsansprüche gegen den Freigesprochenen nicht mindern, da sie nur unter den Prozeßparteien wirksam ist, RG. 16. November 1908 Entsch. 69 S. 422. Die Freisprechung wirkt anders, als der Erlaß: der letztere geht vom Gläubiger aus und wirkt absolut, die erstere wirkt befreiend nur bezüglich des Verhältnisses von Gläubiger und Schuldner, nicht bezüglich des genossenschaftlichen Schuldverhältnisses zwischen den einzelnen Schuldnern.

[6] RG. 25. November 1911 Entsch. 77 S. 317. Allerdings ergeben sich hier einige Inkongruenzen: bei Ansprüchen aus unerlaubter Tat haftet der Schuldner nur mit einer Verjährung von 3 Jahren; sind es mehrere Schuldner, so kann der Mitschuldner gewärtig sein, als Mitschuldner kraft Regresses noch nach Jahren zahlen zu müssen. Eine aufhelfende Verjährungsbestimmung etwa mit 5 oder 6 Jahren Frist wäre angemessen.

[7] Die italienischen Statuten folgten noch teilweise dem alten System, z. B. Constitutum

gesetzlichen Umständen entspringt es namentlich, wenn jemand eine Vermögensgesamtheit übernimmt und dadurch Schuldner der Vermögensschulden wird[1], während der bisherige Schuldner hierdurch nicht befreit wird, § 419 BGB., § 25 HGB. Aus unerlaubten Handlungen aber entspringt die Gesamtschuld dann, wenn mehrere als Mittäter, Anstifter oder Gehilfe derselben Tat beteiligt sind (§ 830 BGB.). Im Falle fahrlässiger Täterschaft ist hierbei nicht ein gleichheitlicher Rückgriff, sondern ein Regreß nach der Verschiedenheit der fahrlässigen Beteiligung und der Größe der Fahrlässigkeit angemessen: es ist gewiß nicht zu billigen, daß z. B., wenn ein Eisenbahnunfall durch die Fahrlässigkeit mehrerer entsteht, wobei den einen nur eine geringe, den anderen eine sehr grobe Schuld trifft, die genossenschaftliche Beziehung eine gleichheitliche sein soll; hier wird man nach Rechtsähnlichkeit des § 254 annehmen können, daß auch unter dem BGB., obgleich es dies nicht ausdrücklich besagt, ein verschiedenes Maß der Haftung stattfindet. Im Falle arglistigen Tuns einer Mehrheit von Mittätern aber muß der Rückgriff versagt sein; denn niemand kann sich auf seine Arglist berufen; es wäre skandalös, wenn ein Mörder, der zum Schadenersatz verurteilt wird, auf seinen Mitmörder mit einer Klage zurückgreifen könnte, in der er sagte: ich habe zwar gemordet, aber nicht allein gemordet! Der § 426 („soweit nicht ein anderes bestimmt ist") gibt genügende Handhabe für eine freiere Auslegung. Vergl. im übrigen §§ 420—427 BGB.

Ist eine Person aus verschiedenen Gründen eine Leistung schuldig, so spricht man von Eigengesamtschuld[2]: hier schmelzen die Schuldnerschaften nur soweit zusammen, als kein juristisches Interesse besteht, sie getrennt zu halten.

§ 67. Bei der Gesamtgläubigerschaft[3] haben mehrere Personen Forderungsrechte in bezug auf einen und denselben Leistungsgegenstand. Auch diese Gestaltung erfüllt wesentliche Aufgaben der menschlichen Gesellschaft. Einmal kann der Schuldner ein Interesse daran haben, mehreren Personen gegenüberzustehen, mit der Wahl, wem er zahlen will, da je nach Zeit und Ort die Zahlung an den einen oder den anderen ihm bequemer sein wird. Aber auch auf der Gläubigerseite tritt vielfach ein Bedürfnis nach einer Mehrheit von Personen hervor, damit je nach Umständen, nach Ort und Zeit, der eine oder der andere das nötige zur Erhaltung der Forderung tut und namentlich die sichernden Schritte gegen den Schuldner unternimmt. Um beiden Anforderungen zu genügen, schuf man das Institut der Gesamtgläubigerschaft: man schuf eine Mehrheit von Gläubigern, mit der Doppelfunktion, daß erstens der Schuldner an jeden zahlen könne, und daß zweitens ein jeder Gläubiger das Recht habe, den Leistungsgegenstand zu sichern und einzutreiben, nicht nur vertretungsweise, sondern kraft seines eigenen ursprünglichen Rechts.

Danach muß das Institut beurteilt werden. Es war daher eine unrichtige Annahme, als man vermeinte, daß durch die Klageerhebung des einen Gläubigers seine Person so fixiert würde, daß der Schuldner nicht mehr an den andern bezahlen könnte; dadurch nähme man dem Schuldner das Wahlrecht, welches mit zu den wesentlichen Vorteilen des Instituts gehört. Auch das ist nötig, daß der Schuldner gegenüber jedem Gläubiger Befriedigungshandlungen vornehmen kann, welche ihn von allen Gläubigern befreien, also Hingabe an Erfüllungs Statt und Aufrechnung. Aber auch ein Erlaß eines Gläubigers mit Wirkung der Gesamtbefriedigung ist möglich, und so kann jeder Gläubiger einen Vergleich abschließen, dessen Erlaßwirkung wie eine Gesamtbefriedigung wirkt. Aber auch hier muß man sich von der Idee fernhalten, als handelte der Gläubiger im Namen aller: er handelt für sich und nur für sich: die Interessen der gesamten Gläubigerschaft werden genügend gewahrt, wenn jeder seine Gläubigerschaft bis zur Erledigung des Schuldverhältnisses ausüben darf. Daher bewirkt die Mahnung des einen Gläubigers gegenüber dem Schuldner nur eine Steigerung der Schuld gegenüber dem mahnenden Gläubiger, und der Ausgang eines Prozesses berührt nur beide Parteien. Doch ist es prozessualisch möglich, die übrigen Gläubiger in den Prozeß zu ziehen und sie dadurch am Prozeß zu beteiligen.

Pisanae civitatis 1233 (Bonaini II p. 943) c. 38: Duo vel plures si fidejussores alicui de aliqua re fuerint, nisi nominatim in solidum se obligaverint, pro equali parte tantum teneantur.

[1] Auch der bedingten, RG. 12. November 1908 Entsch. 69 S. 416.

[2] Lehrbuch II S. 155.

[3] Lehrbuch II S. 152 f.

Auch bei den Gesamtgläubigern gilt der Satz der Ausgleichung: hat ein Gläubiger Zahlung oder Befriedigung erlangt, so haben die Mitgläubiger einen Anspruch auf Beteiligung, regelmäßig nach Kopfteilen, möglicherweise auch in anderer Art, je nach dem Verhältnis, in dem sie zueinander stehen, §§ 428—430. Ob ein Gläubiger, welcher die Forderung erlassen oder einen Vergleich abgeschlossen hat, nicht dafür den Mitgläubiger einstehen muß und in welchem Maße, bestimmt sich nach ihrem gegenseitigen Verhältnisse und nach den Umständen des Falles, welche diese Betätigung charakterisieren.

§ 68. Bei unteilbaren Schuldverhältnissen treten notwendig gewisse Gesamtschuldner- und Gesamtgläubigerbeziehungen ein, sowohl wenn ursprünglich mehrere Schuldner oder Gläubiger vorhanden sind, als auch wenn ursprünglich nur ein Schuldner oder Gläubiger vorhanden war und daraufhin durch Erbgang eine Mehrheit von Schuldnern oder Gläubigern entsteht. Hier hatte eine frühere Theorie angenommen, daß die Gesamtschuldnerschaft notwendig eine Milderung dahin erfahren müsse, daß der Gläubiger sämtliche Schuldner anzurufen habe, damit sie durch gemeinsames Zusammenwirken die Leistung vollzögen. Dies hat man aufgegeben, und mit Recht: es ist Sache der Schuldner, zu sehen, wie sie miteinander auskommen; der Gläubiger hat sich schicklicherweise nur an einen der Schuldner zu wenden. Man denke sich z. B. den Fall, daß jemand mehreren Brüdern eine Kassette zur Verwahrung gegeben hat: hier muß jeder für den ganzen Erfolg eintreten, und wenn einer der Mitschuldner seine Mitwirkung versagt und infolgedessen die Leistung nicht erfolgen kann, so hat jeder von ihnen dafür einzustehen. Dies führt notgedrungen zu einer Änderung der Gesamtschuldgrundsätze dahin, daß ein jeder zu haften hat, wenn durch Schuld oder Arglist des einen die Leistung unmöglich gemacht wird: man übergibt die Sache den mehreren, um nicht von der guten Art des einen allein abhängig zu sein. So auch, wenn zwei Ehegatten zusammen einen Mietvertrag abschließen [1]. Ganz anders verhält es sich auf der Gläubigerseite. Hier spricht keine Notwendigkeit dafür, daß an einen Gläubiger die ganze Leistung gemacht werden kann, auch nicht, daß ein Gläubiger über die ganze Forderung zu verfügen vermag; denn hier ist die Gesamtgläubigerschaft nicht eine Veranstaltung zur Erleichterung des Schuldners oder zur Bequemlichkeit des Schuldbetriebs, sondern sie beruht darauf, daß die unteilbare Leistung nur in unteilbarer Weise, also nur einmal, nicht in Teilen oder Abschnitten, vollzogen werden kann. Daher hat zwar ein jeder Gläubiger als Gesamtgläubiger die Befugnis, Leistung zu verlangen, aber er kann nicht verlangen, daß an ihn, sondern nur, daß an alle geleistet werde; und er kann daher auch nicht über die Forderung verfügen, er kann sie nicht etwa dem Schuldner erlassen. Vgl. §§ 431, 432 BGB.

4. Übertragung von Schuldverhältnissen.

§ 69. Lange dauerte es, bis die Völker eine Abtretung der Forderungen [2] zugelassen haben, was begreiflich ist, weil in früheren Zeiten der Schuldner geknechtet wurde: eine Übertragung des Schuldknechts von einem Gläubiger an den andern hatte natürlich für den Schuldknecht oft recht verhängnisvolle Folgen: die Stellung des Gläubigers war mehr oder minder eine Willkürstellung, bei welcher es auf die Person des Schuldherrn wesentlich ankam. Mit der Milderung des Verhältnisses und der ethischen Gestaltung der gegenseitigen Pflichten mußte dieser Grund mehr oder minder schwinden, und das Bedürfnis nach einer Übertragung mußte sich überall regen; denn stets können Umstände eintreten, welche den Gläubiger nötigen, die Forderung zu Geld zu machen und die Schwierigkeit des Eintriebes einem andern zu überlassen. So bedurfte man der Abtretung, um ein oft recht kostbares Vermögensstück wie die Forderung

[1] Hier ist anzunehmen, daß der ganze Vertrag beider steht oder fällt, § 139 BGB. Vgl. auch RG. 23. November 1904 Entsch. 59 S. 174, 16. Dezember 1905 Entsch. 62 S. 184, 22. Mai 1909 Entsch. 71 S. 199, OLG. Dresden 28. November 1911 Seufferts Arch. 67 Nr. 105, Andre, Einfache, zusammengesetzte Rechtsgeschäfte (1913) S. 19.

[2] Lehrbuch II S. 159. Gemeint ist hier eine Abtretung in dem Sinne, daß nicht nur der Zessionar forderungsberechtigt wird, sondern daß er auch verlangen kann, daß der Forderungsgegenstand an ihn, statt an den ursprünglichen Schuldner, bezahlt wird. Wie ich a. a. O. nachgewiesen habe, wäre auch eine Zession in der Art denkbar, daß zwar ein anderer Gläubiger eintritt, dieser aber nicht das Recht erwirbt, daß an ihn gezahlt wird, sondern nur das Recht, daß, wie bisher, an den Zedenten gezahlt werde. So wird aber regelmäßig die Zession nicht verstanden.

nicht brachliegen zu lassen, und so entwickelte sich die spekulative Übertragung: denn meist werden die Verkehrsbedürfnisse am besten dadurch befriedigt, daß sich die Spekulation, der berechtigte Verkehrsegoismus, ihrer bemächtigt.

Zwei Mittel haben sich hierbei den Völkern vor allem dargeboten; das eine Mittel bestand darin, daß man die Forderung an eine Urkunde kettete und so gestaltete, daß an den Träger der Urkunde bezahlt werden sollte: dann konnte man die Urkunde beliebig als ein körperliches Vermögensgut übertragen, und der Inhaber der Urkunde war berechtigt, Zahlung anzunehmen oder auch die Forderung einzutreiben. Dieses Institut hat sich schon bei alten Kulturvölkern entwickelt, z. B. bei den Babyloniern: die Urkunde hatte hier einen gewissen Zauber; an ihr haftete die Forderung, und wurde sie bezahlt, so wurde die Urkunde zerschlagen. Denselben Entwicklungsgang hat auch das germanische Recht durchgemacht [1], er hat aber hier weitergeführt: man ist nicht bei der Übertragung stehen geblieben, sondern bis zum Inhaberpapier vorgedrungen.

Die andere Bildungsform ist die, daß man die Forderung als ein geistiges Wesen, als ein unkörperliches Gut auf einen anderen übergehen läßt, und die Übertragung geschieht daher, wie die Übertragung solcher geistiger Güter, formlos; denn man hat nichts Körperliches, woran das Recht sich heftet, und kann mithin den Übergang nicht durch eine körperliche Übergabe kennzeichnen [2].

Eine solche Übertragung der Forderung als eines unkörperlichen Gutes heißt Abtretung, im gemeinen Leben Zession. Im römischen Recht wandte man sich zu diesem Zwecke an den Prozeß: hier hatte man eine äußerliche Betätigung; eine Handlung vor Dritten, welche sich noch zudem an das Gericht anlehnte: der Prätor konnte erklären, daß, wenn A. der Gläubiger ist, der Richter den Schuldner zur Zahlung nicht an den Gläubiger A., sondern an den B. verurteilen solle; B. wurde dadurch Rechtsnachfolger des A. Daher bedurfte es ursprünglich eines Prozeßbeginns, um die Übertragung zu bewirken und den anderen Teil in das Forderungsrecht einzusetzen. Dies wurde erleichtert, als man den Prozeß durch denuntiatio an den Beklagten eröffnen konnte, und so entwickelte sich die Zession in der Art, daß zum Abtretungsvertrag eine Denunziation an den Schuldner gehörte. Von diesem Stande aus ist die Zession in das gemeine Recht übergegangen. Die Bedeutung der Denunziation ist von nun an der Kern der ganzen Entwicklung gewesen. Streifte man hier das prozessuale Gewand ganz ab, so konnte die Denunziation nur den Sinn haben, dem Schuldner von der Abtretung Kenntnis zu geben: sie wurde zur Benachrichtigung; denn daß der Schuldner in irgendeiner Weise die Abtretung kennen muß, ist begreiflich: solange er davon keine Kunde hat, muß er sich darauf verlassen können, daß der bisherige Gläubiger sein Gläubiger ist, und muß es ihm möglich sein, diesem zu zahlen oder sonst die weiteren Entwicklungen

---

[1] Vgl. Urkunde Rialto v. 1168 (Arch. Veneto VIII p. 148): promissionis cartam vobis damus et transactamus cum omni suo vigore et robore, habendi, tenendi, inquirendi, interpellandi, placitandi, execuciendi ....

[2] Auch diese Art der Übertragung finden wir im mittelalterlichen Italien; so in Urkunde v. 9. April 1193 Bettoni, storia della riviera di Salò III Nr. 13: Abbas dedit, cessit, mandavit omnes rationes et acciones . . . ita ut ipse U. et M. . . . . possint movere et intentare et agere et excipere sicut dominus Abbas posset, si retinuisset. Ferner Como 1254 (M. hist. patr. XVI p. 435). Daß das deutsche Recht der Zession nicht so feindselig war, wie man früher meinte, darüber vortrefflich Buch, Übertragbarkeit der Forderungen im deutschen mittelalterlichen Recht (1912). Schon vor Jahren führte mich das Studium des deutschen Pfandrechts zu ähnlichen Ergebnissen (Pfandrechtliche Studien S. 235 f.). Dem griechisch-hellenischen Recht war die Zession bekannt, Wenger in der Ehrengabe für Fadda IV S. 84—97; über das byzantinische Recht vgl. die Münchner Papiri (1914) Nr. 10. Über die Entwicklung in den Glossatoren- und Postglossatorenschulen vergleiche Fränkel, Zeitschrift f. Handelsrecht 66 S. 328 f. In den italienischen Statuten finden sich allerdings noch viele Vorsichtsmaßregeln, z. B. in Mailand 1498 a. 445 muß der Zedent schwören, se esse verum creditorem . . . et quod de suo cedit jus et non in fraudem alicujus; oder die Zession ist nur in bestimmten Fällen erlaubt, z. B. zur datio in solutum, Brescia 1216 und 1313 III 190 (Mon. hist. patr. Leges municip. II p. 1769); dazu kommt das häufige Verbot der Zession eines streitigen Anspruchs (Rom 1363 I 77: bei Infamie), sowie der Zession an einen Ausländer (Pesaro 1530 III 83, S. Elpidio III 80) oder in potentiorem, Pistoja 1284 c. 112 (Ed. Zdekauer), S. Elpidio III 80 (persona potentior: advocatus, medicus, notarius).

des Schuldverhältnisses mit ihm zu vollziehen; eine andere Behandlungsweise würde alle Sicherheit im Schuldrecht zerstören: erst von dem Augenblicke, wo der Schuldner von der Abtretung Kenntnis hat, kann man ihm zumuten, den neuen Gläubiger zu berücksichtigen und den alten Gläubiger als abgedankt zu betrachten. War man einmal auf diesem Stande angelangt, so war es nur noch ein Schritt, zu sagen: die Denunziation als Benachrichtigung des Schuldners hat nur die tatsächliche Bedeutung, daß der Schuldner Kenntnis hat und nunmehr weiß, daß er den neuen Gläubiger berücksichtigen muß. Die Lehre des gemeinen Rechts hat sich allmählich auf diesen Standpunkt hinausgewagt, und ihn hat das BGB. als Regel angenommen.

Daraus geht hervor, daß die Bekanntmachung an den Schuldner keine Bedingung der Übertragung mehr ist: sie ist nicht nötig, um die Übertragung als Übertragung zu vervollständigen. Ist daher eine Forderung an zwei hintereinander übertragen, so geht nicht derjenige vor, zu dessen Gunsten die erste Bekanntmachung an den Schuldner erfolgte, sondern der, dem zuerst übertragen worden ist, §§ 398, 406, 407 BGB. [1].

Andererseits hat die Kenntnis des Schuldners die Bedeutung, daß er von der Kenntnis an an den neuen Gläubiger gebunden ist; vorher bleibt er in einer solchen Beziehung zum alten Gläubiger, daß er verlangen kann, so behandelt zu werden, als wäre die Zession erst mit der Kenntnisnahme erfolgt, §§ 407, 408.

Die Zession bewirkt einen Übergang der Forderung, nicht einen Übergang des Rechtsverhältnisses, aus dem die Forderung hervorging: der Zessionar einer Mietforderung hat kein Kündigungs- oder Exmissionsrecht, der Zessionar eines Schenkungsanspruches unterliegt nicht dem Widerruf wegen Undanks, wenigstens nicht aus seiner eigenen Person [2]. Dagegen geht die Forderung über mit allen Sicherungsrechten, namentlich mit Bürgschaft, Pfandrecht und Hypotheken, auch mit dem etwaigen vollstreckbaren Titel [3].

Im übrigen ist der Verkehr mit Forderungen in manchen Punkten auf einem niedereren Stande geblieben, als der Verkehr mit körperlichen Sachen. Bei körperlichen Sachen, wo es sich um das Eigentum handelt, gilt der Grundsatz, daß der gute Glaube vielfach das Recht des Übertragenden ersetzt und den Erwerber zum Eigentümer macht, auch wenn der Übertragende nicht Eigentümer war. Dieser überwältigende Gedanke ist bei Übertragung unkörperlicher Gegenstände nicht zum Siege gelangt. Hier gilt noch die strenge Regel, daß niemand mehr Rechte erwirbt, als der Übertragende hat. Ist der Übertragende nicht Gläubiger, so wird auch der Erwerbende nicht Gläubiger; hat die Forderung Mängel, so geht sie mit allen Mängeln über; sind Einwendungen begründet, so wird sie nur mit den Einwendungen übertragen. Und dies wird selbst dadurch nicht geändert, daß der Erwerber auf Grund einer Schuldurkunde erwirbt, aus welcher diese Mängel nicht ersichtlich sind. Der Grund ist leicht begreiflich. Sicher hätte der Verkehr hier zu anderen Rechtssätzen geführt, hätte nicht ein viel bequemeres und wirksameres Institut den Zweck erheblich besser erreicht, nämlich das Institut des Order- und Inhaberpapiers; bei diesem aber handelt es sich nicht mehr um Übertragung von Forderungen, sondern um Kreation (Schuldschöpfung) und um Übertragung des körperlichen Papiers. Diese Institute, aus der germanischen Urkunde hervorgegangen, haben denn auch das drängende Erfordernis des germanischen Rechts, den gutgläubigen Erwerber zu schützen, in so hohem Maße erfüllt, daß man überall, wo man dessen bedurfte, sich dieser Einrichtungen bediente. Die gutbürgerlichen Forderungsübertragungen blieben darum bei dem alten Satze, daß der Erwerber nicht mehr Rechte erwirbt als der Übertragende hat, und eine Abhilfe wurde nicht gewährt, außer in einem Falle: wenn nämlich die Forderung eine Scheinforderung ist, dieser Schein-

[1] Davon macht auch der Fall der Gehaltszession keine Ausnahme; hier gilt nur der Satz, daß für die Kasse keine andere Art des Bekanntwerdens maßgebend ist, als das Bekanntwerden durch Denunziation in öffentlich beglaubigter Urkunde, § 411 BGB. Auch sonst hat die Denunziation durch den alten Gläubiger eine wichtige Bedeutung: der Schuldner kann jetzt sicher zahlen, ohne Rücksicht darauf, ob die Zession rechtsgültig erfolgt ist oder nicht, § 409. Bei Gehaltszessionen gelten außerdem noch landsgesetzliche Verbotsbestimmungen, denn dies schlägt in das öffentliche Recht und in die Beamtendisziplin ein. Vgl. unten S. 101 Note 1.

[2] In dieser Beziehung bleibt der Zedent maßgebend, wenn er Träger des Verhältnisses geblieben ist, RG. 14. November 1910 Warneyer Ergänzung 1911 S. 23, OLG. Königsberg 3. Oktober 1906 Mugdan XVI S. 425. Wandelung gegenüber dem Zedenten beim Kauf?

[3] Vgl. auch RG. 3. April 1907 Entsch. 65 S. 414.

charakter aber nicht aus der Schuldurkunde hervorgeht, und wenn der Erwerber die Forderung auf Grund dieses Schuldscheins erworben hat, so soll der Schuldner ihm diesen Scheincharakter nicht entgegenhalten können; mit anderen Worten: es soll in einem solchen Falle eine Schuld, die nicht bestand, für den gutgläubigen Erwerber entstehen (§ 405 BGB.); wie ich dies bereits vor 30 Jahren verlangt hatte (Jahrbuch f. Dogm. XVI S. 140).

Die Übertragung von Forderungen ist häufig eine Tat der Not oder des Schachers, indem man den Eintrieb von Forderungen gegen Personen, gegen die man wegen persönlicher Beziehungen nicht gern selbst vorgeht, anderen, meist gewerbsmäßigen Händlern und Agenten überläßt. Diesem Forderungsschacher wollte seinerzeit Kaiser Anastasius entgegenwirken durch die Bestimmung, daß beim Forderungsverkauf der neue Gläubiger nicht m e h r vom Schuldner verlangen dürfe, als was er selbst bezahlt habe. Diese anastasische Bestimmung hat sich durch das ganze Mittelalter bis in die Neuzeit hindurchgeschleppt; sie ist aber jetzt vollständig verschwunden. Der Forderungsverkehr hat sich allerdings hauptsächlich in die Formen des Order- und Inhaberpapiers geflüchtet, und dazu trat in neuerer Zeit das Institut des Hypothekenbriefs; doch behielt der einfache Forderungsverkehr nach Abschüttelung des anastasischen Instituts immer noch ein bedeutendes Gebiet der Betätigung; heutzutage mußte man auf neue Beschränkungen sinnen, und man hat es getan.

Denn alle sozialen Vorsichtsmaßregeln, die getroffen werden, um den Arbeiter gegen Beschlagnahme des Lohnes zu sichern, würden scheitern, wenn man die freie Übertragung der Forderung auch in bezug auf den Arbeitslohn zuließe: der Darlehnsgeber, der weiß, daß er nicht im Vollstreckungswege auf den Arbeitslohn greifen kann, wäre nicht zufrieden, bis der Schuldner ihm den künftigen Arbeitslohn durch bürgerliche Zession freiwillig abträte; daher die Bestimmung des BGB., daß etwas, was nicht beschlagnahmt werden kann, auch nicht Gegenstand der Forderungsübertragung sein darf (§ 400 BGB.). Auch Berufsreglements kommen in Betracht, so die preußische Bestimmung über die Unzulässigkeit der Zession des Diensteinkommens[1]. Außerdem kann ein Hindernis wegen Arglist vorliegen, z. B. wenn der Gläubiger seine Forderung an eine vermögenslose Person zediert, damit diese den Prozeß führt und, wenn sie unterliegt, der Gegner nicht auf seine Kosten kommt[2]. Eine Zession aller künftigen Forderungen ohne eine die Voraussicht markierende Beschränkung ist gleichfalls ungültig, weil den Interessen einer vernünftigen Wirtschaft widersprechend[3]. Auch sonst kann eine Zession künftiger Ansprüche ein unzulässiger Eingriff in die Arbeitssphäre der Person enthalten[4].

§ 70. Wie die Forderung, kann auch die Schuld übergehen, indem ein neuer Schuldner an Stelle des alten tritt; doch kann dies natürlich nur unter Zustimmung des Gläubigers geschehen, § 414 f.[5], während es einer Zustimmung des Schuldners (welcher hierdurch befreit wird) nicht bedarf. Der Hauptfall ist der, daß bei Grundstücksübertragung der Erwerber des Grundstücks eine Schuld, für welche das Grundstück hypothekarisch haftet, als obligationsrechtliche Schuld mit übernimmt; dies ist so häufig, daß dafür besondere Vorkehrungen getroffen sind, § 416.

[1] Nach Preuß. Recht hat man angenommen, daß Beamtengehaltsansprüche weder ganz noch teilweise zediert werden dürfen, a. 81 EGBG. und § 163 Anhang zur Allgem. GerichtsO. I 24, Preuß. Obertrib. 20. 6. 1861, Strieth. 42, 179, RG. 30. 6. 1911, JW. 40 S. 782. Ein Grund für diese exorbitante Behandlung ist nicht vorhanden, und es wäre nicht nötig gewesen, diese recht in Vergessenheit geratene Bestimmung auszugraben; wie es die Art der Landrechtsjuristen ist, welche eine Gesetzesderogation nicht kennen. Ganz besonders verfehlt ist es, daß man einen Notar, der diese vergessene Bestimmung unberücksichtigt ließ, haftbar gemacht hat.

[2] RG. 7. Januar 1913 Entsch. 81 S. 175. Dagegen ist es unverfänglich, wenn die Zession den Zweck hat, den Zedenten als Zeugen zu benutzen, RG. 3. Januar 1913 Entsch. 81 S. 160.

[3] RG. 1. Oktober 1907 Entsch. 67 S. 166, OLG. Marienwerder 13. April 1911 M u g d a n 23 S. 16. Dagegen ist die Zession einzelner, genügend individualisierter künftiger Forderungen als zulässig zu betrachten, RG. 29. September 1903 Entsch. 55 S. 334, RG. 23. Oktober 1907 Entsch. 67 S. 13. Doch ist auch hier ein Übermaß der Verfügung zu verwerfen.

[4] So wenn jemand all sein Vermögen in einer Gesellschaft liegen hat und die künftigen Ansprüche aus der Gesellschaft zediert; dies grenzt an § 310 BGB.

[5] Eine solche ist nicht zu vermuten und muß bestimmt dargetan werden, RG. 13. Dezember 1912 JW. 42 S. 324.

Der Übernehmer tritt in die Schuld ein, so wie sie ist; er ist also Rechtsnachfolger [1]. Der Bürge der Schuld könnte durch diesen Schuldnerwechsel sehr in Nachteil kommen: er wird darum befreit, wenn er nicht dem Schuldübergang zustimmt, § 418 BGB.; die Zustimmung ist nicht eine neue Bürgschaft und bedarf daher nicht der Form des § 766 [2].

5. Lösung von Schuldverhältnissen.

§ 71. Schuldverhältnisse sind Spannungen, die der Lösung zustreben. Die normale Lösung ist die Lösung durch Befriedigung, und die Befriedigung kann eine Tat auf Seite Schuldners sein (Erfüllung) oder auf Seite des Gläubigers (Deckung) [3].

Erfüllung ist die Herbeiführung des vom Schuldverhältnis verlangten Zustandes. Die Erfüllung ist eine neutrale Handlung, welche aber durch die begleitende Willenserklärung eine besondere Gestaltung annehmen kann [4]: insbesondere kann der erfüllende Schuldner erklären, daß von mehreren gleichartigen Forderungen die eine als erfüllt gelten soll (Anrechnung); findet eine solche Erklärung nicht statt, so erfolgt die Anrechnung nach §§ 366, 367 [5]. Die Leistung kann auch durch Dritte geschehen, denn was der Schuldner verspricht, ist nicht, daß er leiste, sondern daß die Leistung erfolge, und seine Beziehung zur Leistung besteht nur darin, daß er für ihre Herbeiführung zu sorgen hat; geschieht sie daher durch einen anderen, dann ist das, wofür er einzustehen hat, von selbst erledigt und seine Verpflichtung erfüllt. Dies erleidet eine nur scheinbare Ausnahme, wenn die Leistung durch einen Dritten einen anderen Charakter annehmen würde: das Geld des A. ist so gut als das Geld des B.; wenn aber der Maler A. ein Porträt zu malen hat, so ist ein Porträt durch den Maler B. oder C. nicht dasselbe; der Schuldner aber schuldet die vertragsmäßige Leistung: eine nicht vertragsmäßige Leistung ist daher nicht Erfüllung; ein Bild von Thoma ist nicht ein Bild von Segantini: hier ist die Erfüllungsleistung verschieden, nicht etwa bloß die Person des Erfüllenden.

Der Schuldner hat möglicherweise ein Interesse daran, daß ein Dritter nicht für ihn zahle; man denke sich den Fall, daß ein Richter etwas schuldig ist und jemand, der vor dem Richter im Prozesse steht, die Schulden des Richters bezahlt; hier kann der Schuldner dem Gläubiger erklären, er möge von dem Dritten keine Zahlung annehmen. Dies hindert nun allerdings den Gläubiger nicht, sich von diesem Dritten zahlen zu lassen, denn solches wäre gegen die Rechte und Interessen des Gläubigers, dem man es nicht verwehren darf, die Zahlung zu nehmen, wo er sie bekommt; aber es hat die Bedeutung, daß der Gläubiger die Zahlung ablehnen kann, ohne in Annahmeverzug zu kommen; während, wenn er eine solche Anweisung nicht erhalten hat, eine Ablehnung der Leistung des Dritten ebensogut Annahmeverzug wäre wie die Ablehnung der Leistung des Schuldners selbst. Der Gläubiger hat dem Zahlenden (auf dessen Kosten) eine Quittung zu geben, soweit dies der Verkehrsübung entspricht, §§ 368, 369 [6].

Durch Erfüllungsvertrag [7] kann bestimmt werden, daß der Schuldner sich auch durch eine andere als die geschuldete Leistung von der Schuld befreien kann; diese andersartige Leistung nennt man Hingabe an Zahlungs Statt oder Leistung an Erfüllungs

[1] Aber auch hier nur Rechtsnachfolger in der Schuld, nicht in das Verhältnis, welches der Schuld zugrunde liegt; so hat bei einem Schenkungsversprechen der Übernehmer der Schenkungsschuld kein Widerrufsrecht wegen Undanks, vgl. Knoke, Jahrb. f. Dogm. **60** S. 457, er wird auch nicht notwendig Rechtsnachfolger in die prozessuale Lage, z. B. nicht in die Konkurslage (falls gegen den ursprünglichen Schuldner ein Konkursvorrecht bestand), § 418. Aus § 418 Abs. 2 läßt sich daher nichts gegen die Sukzessionslehre entnehmen, auch nicht aus § 417 Abs. 1, denn es ist natürlich, daß man nicht mit der Forderung eines Dritten kompensieren kann. Unrichtig Strohal, Jahrb. f. Dogm. **57** S. 339 f.

[2] Ebenso verhält es sich mit einer Sicherungsübereignung durch einen Dritten.

[3] Lehrbuch II S. 183, wo diese verschiedenen Begriffe zuerst scharf herausgestaltet wurden.

[4] Lehrbuch II S. 185.

[5] So war es alten Rechtens, daß eine Zahlung zunächst auf Zinsen und dann auf das Kapital angerechnet wird. Interessant ist eine Besonderheit in einem Acte de notoriété des Chatelet von Paris vom 17. Juli 1722: hiernach sollte bei Verzugszinsen das Gegenteil gelten, Denisart, Actes de notoriété (1769) p. 438.

[6] So schon die italienischen Stadtrechte, z. B. Piacenza (1391) III 15: teneantur sub poena 10 libr. dicti creditores facere instrumentum confessionis de solutione.

[7] Lehrbuch II S. 190.

Statt. Sie ist heutzutage nur kraft Erfüllungsvertrags statthaft[1]; ein besonderer Fall ist die Gestattung der Girozahlung, d. h. der Zahlung durch Zession des Bankguthabens[2]. In früherer Zeit, als die Geldwirtschaft noch nicht vollständig durchgedrungen war, spielte sie eine große Rolle: hier war lange Zeit der Gläubiger von Gesetzes wegen verpflichtet, gewisse Gegenstände, z. B. Getreide, statt Geldes anzunehmen[3]. Heutzutage wird diese Ersatzleistung mitunter sogar gesetzlich verboten. Schon mehrere Jahrzehnte besteht bei den Industrievölkern der Grundsatz, daß der Arbeitgeber den gewerblichen Arbeiter nur in Geld bezahlen darf und jede andere Verabredung unzulässig ist; daß es auch unzulässig ist, dem Arbeiter nachträglich an Zahlungs Statt etwas anderes statt des Lohnes zu geben, auch wenn dieser damit einverstanden ist, da er ja durch die wirtschaftliche Zwangslage häufig zu einem solchen Einverständnis genötigt wäre. Eine derartige Hingabe wäre unwirksam und würde das Schuldverhältnis nicht zerstören; noch mehr: der Arbeitsherr wäre strafbar (vgl. §§ 115 ff. GewO.). Der zweite Fall der widerrechtlichen Leistung an Zahlungs Statt ist die Hingabe an der Schwelle des Konkurses zur Zeit der Zahlungsunfähigkeit, nach der Zahlungseinstellung oder dem Konkurseröffnungsantrag: eine solche Leistung kann nach Ausbruch des Konkurses angefochten werden (§ 30 KO.).

Keines Erfüllungsvertrages, sondern nur einer einseitigen Erfüllungserklärung bedarf es, wenn der Gläubiger den Schuldner anweist, an einen Dritten zu leisten: die Anweisung hat die Bedeutung, daß die Leistung an den Dritten (Anweisungsempfänger) den Leistenden ebenso befreit, wie wenn er an den Gläubiger (den Anweisenden) geleistet hätte[4].

Im Gegensatz zur Erfüllung steht die Deckung, d. h. die Befriedigung durch Tat des Gläubigers. Einer der bekanntesten Arten ist die Vollstreckung, welche dem Prozeßrecht angehört. Der andere Fall ist die auch im internationalen Verkehr so unendlich wichtige Aufrechnung[5]. Sie setzt voraus, daß der Gläubiger eine Forderung gegen den Schuldner und der Schuldner eine Forderung gegen den Gläubiger hat, und zwar auf gleichartige Gegenstände, also auf vertretbare Sachen derselben Art. Hier mußte sich bei einer entwickelten Geldwirtschaft von selber der Gedanke herausstellen, daß es unnötig sei, zu zahlen und wieder zurückzuzahlen, daß vielmehr beide Forderungen durch gegenseitige Ausgleichung getilgt werden können. Und als der Geldverkehr weiter gedieh, zeigte sich die Möglichkeit, durch ständige Anweisungen und Übertragungen es zu bewirken, daß schließlich die Schulden in der einen Hand und die Gegenschulden in der anderen Hand vereinigt sind, so daß eine großartige Kompensation die Hauptschulden des Verkehrs aus der Welt schafft. Das ist das sogenannte clearing-Wesen. Auf solche Weise werden sehr große Deckungen mit wenig Geldmitteln bewirkt.

Die Deckung durch Aufrechnung beruht auf folgendem Kunstmittel: Wenn A. von B. 1000 zu verlangen hat und ihm zugleich 1000 schuldet, so ist eine Anweisung des A. an B. denkbar, er solle die 1000, die er dem A. schuldet, an sich selbst zahlen, um dadurch die Schuld des A. zu befriedigen. Auf solche Weise dirigiert A. die 1000, die B. dem A. schuldet, in das Vermögen des B. hinein: dann ist B. befriedigt, denn er hat die 1000 erhalten; aber auch A. ist befriedigt, denn die 1000, die an ihn zu zahlen wären, sind nach seiner Anweisung gezahlt worden[6].

[1] Eine Ausnahme ist es, daß die Reichsbanknoten an Zahlungs Statt angenommen werden müssen, Gesetz 1. Juni 1909 a. 3.

[2] Vgl. hierüber Mez, Arch. f. b. R. XXX S. 47.

[3] Das ganze Mittelalter hindurch stand Geld und Geldeswert, ferner die Pfandbestellung mit Verfallrecht einander gleich; vgl. Parcival III 805 (142): het ir pfenninge oder phant; so in zahlreichen Weistums- und Stadtrechtsbestimmungen.

[4] Die Anweisung kommt allerdings nicht nur bei Erfüllungsgeschäften in Betracht, Lehrbuch II S. 60 f. Vgl. auch Lent, Anweisung als Vollmacht (1907) S. 1 f., 100 f. und vgl. unten S. 121. Wenn beim Kaufvertrag der Verkäufer einen Dritten anweist, an den Käufer zu liefern und das Geld vom Käufer zu empfangen, so spricht man von Vinkulationskauf, der namentlich im deutsch-österreichischen Verkehr üblich ist; vgl. Kammergericht 17. März 1911 Mugdan 23 S. 23, Trumpler, Monatschrift f. HandR. XII 267, Flechtheim, Z. f. HandR. 60 S. 124, weitere Literatur bei Düringer-Hachenburg III S. 487. Der Käufer hat die von dem Vinculationslieferanten dargebotene Ware entweder abzulehnen oder nach den von diesem bezeichneten Bedingungen anzunehmen, RG. 31. 3. 1903 Entsch. 54 S. 213.

[5] Lehrbuch II S. 208.

[6] Die Aufrechnung kann daher auch gegenüber einem Wertrecht erfolgen, denn auch dieses wird durch Zahlung abgelöst, § 1142 BGB.; daher auch bei einer Grundschuld, RG. 29. November 1913

Die Aufrechnung ist erst in später Stufe der Entwicklung unter dem Einfluß des Handelsrechts geschaffen worden. Manche schossen über das Ziel hinaus und erklärten, daß schon das Nebeneinanderbestehen der Forderungen die Aufhebung bewirke. Andere glaubten, daß erst durch Vertrag oder Richterspruch die Aufhebung vor sich gehe (man glaubte, daß die Deckung stets eine Deckung durch den Richter sein müsse[1]). Beides ist jetzt aufgegeben. Die Aufrechnung geschieht durch einseitige ankunftbedürftige Erklärung des einen der beiden Teile, die dahin geht, daß Forderung und Gegenforderung ausgeglichen sein sollen. Ist die Erklärung vom einen an den anderen gelangt, so sind beide Forderungen erloschen, § 387 f. BGB. Diese Erklärung kann außerhalb des Prozesses erfolgen und geschieht dann formlos; erfolgt sie im Prozeß, so untersteht sie den Regeln des Prozeßrechtes.

Die Aufrechnung geschieht also nicht schon dadurch, daß beide Forderungen einander in aufrechenbarer Weise gegenüberstehen; doch ist auch heute dieses aufrechenbare Verhältnis nicht ohne Bedeutung. Ein solches Gegenüberstehen in aufrechenbarer Weise liegt vor, wenn der Anspruch des Aufrechnenden fällig, der Gegenanspruch zur Zahlung geeignet ist (§ 387 BGB.): dieser Umstand erzeugt von selbst eine Rechtslage, welche bewirkt, daß, wenn A. später aufrechnet, die Aufrechnung nach dieser Rechtslage erfolgt, also in gleicher Weise, wie wenn die Aufrechnungserklärung bereits in jenem Moment erfolgt wäre; er kann z. B. aufrechnen, auch wenn sein Anspruch in der Zwischenzeit verjährt ist, und auch die Zinsen der Zwischenzeit werden ignoriert, §§ 389, 390.

Daß es neben der zivilistischen Aufrechnung eine prozessuale gibt, habe ich anderwärts dargetan[2].

Auf die Aufrechnung kann zum Voraus verzichtet werden, denn der Gläubiger kann ein Interesse an der Barzahlung haben[3]. Außerdem kann sich ein Ausschluß der Aufrechnung ergeben auf Grund eines Deliktes[4] und auf Grund sozialer Zustände[5].

Die Befriedigung führt, wenn die Gerechtigkeit walten soll, vielfach zu Ausgleichungsverhältnissen, weil oftmals eine Leistung in mehrere Interessen einschlägt und hier das Interesse des einen schließlich das Opfer tragen muß, während ein anderer Interessent gezahlt hat, um seine momentane Stellung vor Schaden zu bewahren. Das Institut, welches diese Ausgleichungsverhältnisse regelt, ist die Subrogation; es wurde von mittelalterlichen Juristen entwickelt, namentlich von Molinaeus[6] und findet sich im Code Nap. a. 1249 f. Es ist in das BGB. übergegangen: wenn jemand deswegen leistet, weil er in zweiter Reihe zur Leistung verpflichtet ist, oder weil er nur durch die Leistung einen erheblichen Eigenschaden abwenden kann, so wird ihm durch einen solchen Ausgleichungsanspruch geholfen; so namentlich wenn der Bürge zahlt, wenn der Pfandbesitzer zahlt, aber auch wenn derjenige zahlt, dem die Sache sonst durch Zwangsvollstreckung entzogen würde: man denke sich den Fall, daß ein Mieter die Schuld des Hauseigentümers tilgt zu dem Zweck, damit nicht das Haus unter den Hammer kommt, in welchem Falle er mit gesetzlicher Frist an die Luft gesetzt werden könnte. Vgl. §§ 268, 426, 774, 1143, 1225, 1249 BGB.

Die Subrogation besteht darin, daß der Schuldner in die Ansprüche des bezahlten Gläubigers eintritt, d. h. daß er nicht nur gegen den schließlichen Schuldner den Rückgriff hat, sondern den Rückgriff mit allen Rechten ausüben darf, die dem Gläubiger zustehen.

JW. 43 S. 196. Im alten Recht konnte auch der Retraktberechtigte die Zahlung der Lösungssumme durch Aufrechnung bewirken, Z. f. Ziv. P. XX S. 8.

[1] Das war ein Rückschritt hinter Bartolus und Baldus, welche bereits die Aufrechnung (Kompensation) durch einseitige Erklärung lehrten, Z. f. Civ. P. XXIV S. 2.

[2] Lehrbuch II S. 215 f. Ganz verfehlt Siber, Kompensation und Aufrechnung (1899) S. 112 und Schrutka-Rechtenstamm, Richtigkeit der Forderung S. 8. Treffend dagegen Wach, Z. f. ZivProz. XXVII S. 13. Im Lehrbuch auch über Kontokorrent S. 219.

[3] Doch ist eine exceptio doli möglich, wenn mit dem Verzicht Mißbrauch getrieben wird; vgl. Gerson, JZ. XVI S. 272. Der Verzicht wirkt im Zweifel auch im Konkurs, RG. 5. April 1905 Entsch. 60 S. 356.

[4] Vgl. § 393 BGB.

[5] Vgl. § 394 BGB. und GewO. § 115 f.

[6] Dazu kam ein Gesetz von Henry IV. vom Mai 1609, wonach, wer die Rentenauslösungssumme zahlt, von selbst in das Rentenrecht mit allen Nebenrechten eintreten solle.

Man könnte allerdings entgegenhalten, daß mit der Zahlung die Ansprüche des Gläubigers erlöschen und mithin ein solcher Übergang nicht möglich sei. Allein dies ist unrichtig: mit der Bezahlung des Gläubigers erlöschen seine Ansprüche nur relativ; sie bleiben bestehen, soweit nötig, um die Rückgriffsansprüche des Zahlenden zu decken.

Doch gilt hier überall der Grundsatz: nemo subrogat contra se; wenn die Zahlung nur teilweise erfolgt, so daß für einen Teil der Summe die Subrogation stattfindet, für den anderen Teil der Gläubiger Gläubiger bleibt, so soll der Eintritt des Zahlenden nie bewirken, daß der Gläubiger bezüglich seiner Restforderung zu kurz kommt; kann also nicht alles vom definitiven Schuldner eingebracht werden, so kommt erst der Gläubiger, dann erst der subrogierte Zahler: die Subrogation soll nur so erfolgen, daß der Gläubiger nicht ungünstiger gestellt wird, als wenn der bezahlte Teil der Forderung durch Zahlung nicht relativ, sondern absolut erloschen wäre. Schon im gemeinen Recht sagte man, der Gläubiger sei zur cessio actionum nur soweit verpflichtet, als sie ohne seinen Schaden geschehen könne. Man denke sich, daß der definitive Schuldner in Konkurs ist und von der Summe von 1000 nur 600 eingebracht werden können. Hat hier der subrogatus 500 bezahlt, während 500 als Forderung des Gläubigers noch ausstehen, so erhält der Gläubiger von den 600 Mark 500, während der subrogatus sich mit den restierenden 100 Mark begnügen muß, § 268 BGB.

II. Besonderer Teil.

I. Rechtsgeschäfte.

Erstes Buch.

Gütertausch.

a) Austauschgeschäfte über Gegenstände.

1. Kauf und Tausch[1].

§ 72. Der Kauf ist im BGB. so geregelt worden, wie die kanonische und französische Entwicklung es zur Notwendigkeit machten: der Verkäufer muß nicht nur dafür einstehen, daß der Käufer nicht aus seinem Besitz verdrängt wird, sondern er muß für die Übertragung des vollen Rechts einstehen, also für die Übertragung des Eigentums, wenn es sich um eine Sache, oder des Forderungsrechts, wenn es sich um eine Forderung handelt[2]. Die Folge ist die, daß, wenn die verkaufte Sache eine fremde ist, der Käufer ohne weiteres erklären kann, daß der Verkäufer seinen Pflichten nicht genügt habe: der Käufer kann also verlangen, daß ihm nachträglich das Eigentum übertragen wird, und wenn dies nicht geschieht, so kann er vom Vertrage zurücktreten oder Entschädigung wegen Nichterfüllung begehren. Das römische Recht hatte das höchst unangemessene System, daß der Käufer, abgesehen vom Falle der Arglist, sich so lange zufrieden geben mußte, als nicht der Eigentümer ihm die Sache von Rechts wegen abzwang; was zu der unleidlichen Konsequenz führte, daß er gewissermaßen genötigt war, eine fremde Sache für sich zu fruktifizieren oder als eine eigene Sache in den Handel zu bringen, wodurch er doch nichts anderes als lauter Unterschlagungen und Hehlereien beging. Daß es einst Juristen gab, welche für dieses System eintraten, muß verwundern; es ist jetzt mit Recht verworfen worden[3].

Damit ist nicht gesagt, daß der Verkauf einer fremden Sache stets nichtig ist, denn man

[1] Lehrbuch II S. 78 f., 235 f., 294 f.

[2] Auch der Kauf einer nicht bestehenden Forderung ist Kauf eines fremden Gegenstandes; denn hier wird die dem Verkäufer nicht zustehende Pflichtsphäre des angeblichen Schuldners und damit etwas dem Verkäufer Fremdes veräußert. Vgl. OLG. Hamburg 1. November 1901 Mugdan IV S. 213, 214.

[3] Ich habe es von jeher bekämpft, so in meinem Aufsatz über den Kauf einer fremden Sache (Gesammelte Abhandl. S. 223); neuerdings habe ich (12 Abhandlungen zum BGB. II S. 53 f.) gezeigt, welche Verdienste das kanonische Recht und die Moralisten hatten, indem sie, entgegen dem römischen Rechte, die richtige Lehre vertraten. Treffendes auch bei Rabel, Haftung des Verkäufers S. 164 f., 256 f.

kann sehr wohl eine fremde Sache in der Art verkaufen, daß man sich anheischig macht, das Eigentum zu erwerben und dann Eigentum zu übertragen; wollte aber jemand eine fremde Sache als fremde Sache veräußern zu dem Zweck, um sie dem Eigentümer zu entziehen, so wäre dies ein unsittliches Tun, und wenn der Käufer mit im Einverständnis wäre, so wäre der Vertrag ohne weiteres nach § 138 BGB. nichtig. Sollte jedoch der Fall so liegen, daß der Verkäufer allein davon weiß, daß die Sache eine fremde sei, verkauft also z. B. ein Uhrmacher eine Uhr, die ihm zur Verwahrung gegeben ist, im bösen Glauben, so kann er sich dagegen wehren, sie abliefern zu müssen; denn man kann ihn nicht zwingen, eine Unterschlagung zu begehen: er muß sich aber nach Maßgabe allgemeiner Grundsätze gefallen lassen, daß der Käufer vom Vertrag zurücktritt, oder daß er Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangt: denn das durch sein Nichteigentum herbeigeführte Leistungsunvermögen hat der Verkäufer zu vertreten. Dasselbe müßte auch dann gelten, wenn der Verkäufer zwar in gutem Glauben gewesen wäre, aber nachträglich von dem Mangel seines Eigentums Kunde erlangt hätte: er könnte die Übergabe verweigern, hätte aber nach Maßgabe des zu vertretenden Unvermögens zu haften; so beispielsweise, wenn der verkaufende Uhrmacher erst nachträglich erfährt, daß die Uhr nur zur Reparatur in seinem Laden ist, oder wenn er dies in augenblicklicher Vergeßlichkeit übersehen hatte. Vgl. §§ 437—440 BGB.[1].

Was aber die Haftung für tatsächliche Mängel des Gegenstandes betrifft, so folgt das BGB. dem durch das römische Recht vorgezeichneten Wege: der Veräußerer haftet bei Käufen und bei allen ähnlichen Austauschgeschäften für die tatsächlichen Mängel, soweit sie den zugesagten Eigenschaften widersprechen oder sonst die Tauglichkeit der Sache aufheben; hierbei kommt die Tauglichkeit für den maßgebenden Gebrauch in Betracht, d. h. für den Gebrauch, der üblich ist, oder der im Kaufvertrag als der zu erfüllende Zweck besonders bezeichnet wurde. Wie im römischen Rechte, ist auch hier die Haftung nicht unbedingt: eine Schadenersatzhaftung besteht nur im Falle der Arglist[2] und im Falle der besonderen Zusicherung einer Eigenschaft; sonst geht die Haftung auf sog. Wandelung, d. h. darauf, daß Ware und Preis zurückgegeben werden, oder auf Minderung des Kaufpreises unter Aufrechterhaltung der Vertragsfolgen. Vgl. §§ 459 ff. BGB.[3].

Über die Wandelung wurden seltsame Dinge behauptet. An sich sollte man annehmen, daß der Käufer durch die einmalige Wandelungserklärung die Sachlage fixiere und daher nicht mehr auf Erfüllung und Preisminderung bestehen könne. Allein dieser Fall gehört nicht zu den eigentlichen Wahlverpflichtungen, sondern zu den Rechten des Gläubigers, welche man als facultas alternativa bezeichnet, und wo der Gläubiger, auch nachdem er sich für die eine der Alternativen erklärt hat, immer noch auf die andere übergehen kann; erst dann soll die Sachlage festgelegt sein, wenn der andere Teil mit der Wandelung sich einverstanden erklärt hat. Es muß nun als selbstverständlich betrachtet werden, daß eine solche Festlegung auch dann eintritt, wenn das Recht der Wandelung klagend geltend gemacht wird, in welchem Fall ein Übergang von der Wandelung zur Preisminderung eine unbefugte Klageänderung im Sinne

[1] Dies hat der Code Napoléon a. 1599 in dem Satze zum Ausdruck gebracht: la vente de la chose d'autrui est nulle, woraus man weiteres gefolgert hat; vgl. meine Gesammelten Abhandl. S. 261 f. Es ist verkehrt, wenn Lesser, Inhalt der Leistungspflicht S. 101 eine solche Nichtigkeit wegen Unmöglichkeit der Leistung für praktisch undenkbar hält. Man muß eben nur die richtigen Folgerungen ziehen. Vgl. S. 105 Note 3.

[2] Auch im Falle der Verschuldung, obgleich das BGB. nur von Arglist spricht. So auch das RG., vgl. auch Blume, Jahrb. f. Dogm. **55** S. 227 f.

[3] Ist eine Maschine so gestaltet, daß sie patentwidrig funktioniert, so ist dies natürlich ebenso ein tatsächlicher Mangel, wie wenn sie sonst nur in verletzender Weise zur Funktion gebracht werden könnte, OLG. Königsberg 25. Februar 1911 Mugdan 33 S. 24. Die Güte einer Hypothek ist insofern Sacheigenschaft, als dabei die das Wertverhältnis betreffenden Beschaffenheiten des Grundstücks in Betracht kommen; soweit es sich aber um die Stellung der Hypothek gegenüber anderen dinglichen Rechten handelt, liegt nicht Sacheigenschaft, sondern Rechtslage vor. Vgl. über diese Fälle Höniger, Arch. f. b. R. XXXV S. 262 und die hier zitierten Entsch. des RG. vom 22. September 1909 und 25. September 1909. Über die Güte der Aktien entscheidet die Lage des Aktienunternehmens, RG. 5. November 1904 Entsch. 59 S. 240. Zufällige Ereignisse, welche die Sache nicht antasten, sondern höchstens kraft Ideenassoziation die Schätzung beeinflussen, kommen nicht in Betracht, z. B. wenn mit einem Automobil einmal ein Unglück geschehen ist und infolgedessen die Käufer ein Absehen nehmen, RG. 27. November 1906 Entsch. 64 S. 375. Im übrigen ist zwischen Zusicherung und bloßer Zusage wohl zu unterscheiden (oben im Text).

des § 264 ZPO. darstellen würde; hier erfolgt die Festlegung durch die Kraft des Prozesses. Statt dessen hat man folgende seltsame Meinung verteidigt: der Käufer müsse zuerst nach § 465 BGB. den Verkäufer auf Zustimmung zur Wandelung verklagen: erst wenn die Zustimmung kraft Urteils als geschehen zu betrachten wäre, dürfe er Rückgabe verlangen; eine völlig abwegige, unpraktische, kostspielige und zeitraubende Behandlung der Sache, die uns von seiten des Auslandes nur einige Verwunderung eintragen könnte. Man hat dies aus § 465 BGB. gefolgert! Daß diese Ansicht von Praktikern verteidigt wird, zeigt, daß nicht alle Praktiker auch praktisch sind[1].

Von großer Wichtigkeit ist die Frage, ob auch bei Gattungskäufen diese Behandlung der Sache möglich ist. Manche haben es im gemeinen Recht geleugnet (namentlich Windscheid, Pandekten § 394) und behauptet, bei diesen sei nur das eine möglich, nämlich die erfolgte Leistung zurückzuweisen, „aufzuschießen", d. h. zu erklären, daß man der Leistung keinen Erfüllungscharakter beimesse und neue Leistung begehre. Wenn man irgendwie die Sache ungeschickt anfassen wollte, so wäre das die richtige Weise. Man denke sich folgendes: ein Europäer bestellt ein Quantum Getreide aus Neuyork; das Schiff kommt an, die Ware ist minderwertig; nun bliebe dem Käufer, wenn keine Verständigung erzielt wird, nichts anderes übrig, als die Ware aufzuschießen und eine neue Sendung zu verlangen. Dies könnte aber für ihn im höchsten Grade verderblich sein, weil er eine Menge von Lieferungen übernommen hat, die er nur mit größten Opfern von anderer Seite her zu vollziehen vermöchte. Die Folge wäre: er müßte eben das Getreide, so, wie es ist, annehmen, und von irgendeinem Abzug am Kaufpreis, von irgendeinem Ersatz für die Minderwertigkeit wäre keine Rede, während er sich doch bei seinen Kunden wegen der Minderwertigkeit der Ware ganz bedeutende Abgänge gefallen lassen muß. All das wäre eine völlig abwegige Behandlung: vielmehr versteht es sich von selber, daß er erklären kann, er wolle das Geleistete zwar als Erfüllung annehmen, aber als Erfüllung mit einem Mangel, kraft dessen ihm Wandelung oder Preisminderung zusteht. Auch Wandelung steht ihm zu; auch diese ist ihm schätzenswert, wenn er nicht nur von der Ware zurücktreten, sondern auch einem solchen Verkäufer, der ihn schlecht behandelt hat, einfach den Laufpaß geben und auf weitere Lieferung verzichten will. Daneben hat er allerdings die dritte Möglichkeit, die Ware aufzuschießen und eine neue Leistung an ihrer Stelle zu verlangen.

Von diesen drei Möglichkeiten ist, wie gesagt, gerade die Preisminderung unentbehrlich[2]. Nicht selten erklärt der Käufer zum voraus, daß er nicht wandeln, sondern höchstens mindern wird, dies ist die s. g. Arbitrageklausel[3].

Alle diese Ansprüche[4] verjähren in sechs Monaten bei beweglichen und in einem Jahre bei unbeweglichen Sachen. Unkörperliche Gegenstände, z. B. Erfindungen (Patente) und Geschäftsbetriebe stehen den beweglichen Sachen gleich, §§ 477, 480[5].

Für gewisse Haustiere, wie Pferde, Esel, Maultiere, Schweine usw., hat sich das germanische System erhalten, wonach nur gewandelt, nicht auch gemindert wird und die Wandelung sich in fest bestimmten Terminen vollzieht und nur wegen bestimmter sogenannter Hauptmängel geschehen kann, die in einer bestimmten Frist, der sog. Gewährfrist, auftreten[6], § 481 BGB.

Der Tausch folgt heutzutage vollkommen den Regeln des Kaufes, § 515 BGB.

---

[1] Gegen diese sog. Vertragstheorie auch RG. 26. April 1907 Entsch. 66 S. 61 und 74, 19. 1. 1909 Entsch. 70 S. 198, dafür allerdings 21. Oktober 1904 Entsch. 59 S. 97, unentschieden RG. 26. 4. 1907 JW. 36 S. 359; über Klageänderung RG. 27. November 1906 JW. 36 S. 46.

[2] Vgl. RG. 22. Januar 1899 JW. 38 S. 133; OLG. Braunschweig 27. Juni 1901, Seuffert 57 S. 129, OLG. Dresden 3. Dezember 1901 Mugdan IV S. 224.

[3] RG. 18. März 1910 JZ. XV 765, Entsch. 73 S. 257.

[4] Mit Ausnahme des Falles der Arglist, also auch der Anspruch wegen Verschuldung. Anderer Ansicht A. S. Schultze, Arch. f. b. R. XXX S. 144 f.

[5] Über den Kauf eines Patents vgl. Lehrbuch des Patentrechts S. 179 f. Über den Kauf eines Geheimverfahrens und die Zusicherung gewisser Eigenschaften, für welche der Verkäufer einstehen muß, RG. 12. April 1913 Entsch. 82 S. 157; über den Kauf des Alleinausübungsrechts einer patentierten Erfindung und die Haftung im Falle von Vorbenutzungsrechten RG. 3. Februar 1911 Entsch. 78 S. 363; über die Haftung wegen Verwertbarkeit der Erfindung Schweizer Bundesgericht 4. Juli 1897 Entsch. XXIII 902 (auch Curti 3050); über den Kauf eines Geschäftsbetriebes RG. 15. November 1907 Entsch. 67 S. 86.

[6] Ob daneben noch eine Anfechtung möglich ist, namentlich wegen Arglist, darüber vgl. Krückmann, Anfechtung beim Viehkauf (1904) S. 3 f. Vgl. oben S. 29.

2. Schenkung.

§ 73. Die Schenkung[1] ist kein eigentliches Verkehrsgeschäft, sondern ein Geschäft des ethischen Lebens. Sie wird nur dann zum Verkehrsgeschäft, wenn sie sich durch die Verhältnisse des Lebens in einer solchen Weise aufdrängt, daß, wer sie nicht gibt, in der gesellschaftlichen Schätzung zurückgesetzt wird: in solchem Fall liegt zwar nach strengem Rechte auch eine Schenkung vor (Anstandsschenkung), aber sie muß den Verkehrsgeschäften angenähert werden, weshalb sie nach §§ 534, 1446, 1641, 1804, 2205, 2330 BGB. (§ 32 Z. 1 KonkO., § 3 Z. 3 Anfechtungsgesetz) gewissen bedeutungsvollen Bestimmungen der Schenkung nicht unterliegt. Die maßgebende Art der Schenkung aber ist die, welche aus dem Wohltätigkeitsdrange hervorgeht und einem Zug des Herzens entspricht, um aus seinem Vermögen einen „Nächsten" zu unterstützen. Aus diesem Charakter der Schenkung ergibt sich von selbst, daß dieses Geschäft zwar dem Rechtszwange unterliegen kann, aber doch seinen eigenen Rechtsregeln folgt; es darf seine Entstehung aus der dem Verkehr abgewendeten Sphäre der Liebe nie vollständig vergessen: der Schenker muß milder angefaßt werden als ein anderer Schuldner.

Die Schenkung ist übrigens nicht die einzige Art der freigebigen Verfügungen. Eine freigebige Verfügung kann auch von Todes wegen erfolgen; auch unter Lebenden gibt es Freigebigkeiten, die keine Schenkungen sind, wie die Stiftungsbegründung: bei dieser wird eine juristische Person geschaffen und ihr ein Vermögen zugewendet; es geschieht aber nicht durch Schenkung, sondern durch ein besonderes, eigenen Grundsätzen unterliegendes Rechtsgeschäft[2].

Sodann ist die Erfüllung eines Schenkungsversprechens Freigebigkeit, aber nicht Schenkung, und dasselbe gilt von der Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Legates, was nicht Schenkung (§ 517), aber Freigebigkeit sein kann.

Die Schenkung ist ein Vertrag zwischen dem Schenker und dem Beschenkten; zwar sind Zuwendungen ohne Wissen und Willen des Beschenkten möglich, indem man z. B. dessen Schulden bezahlt, Aufwendungen auf seine Sachen macht oder ihn in anderer Weise bereichert. Allein eine Schenkung liegt nicht vor, wenn der Beschenkte diese Bereicherung ablehnt; in solchem Fall bleibt zwar die konkrete Bereicherung bestehen, aber sie ist jetzt eine Bereicherung sine causa, also eine ungerechtfertigte Bereicherung, und der Schenker hat das Recht der Rückforderung nach Maßgabe des Anspruchs wegen ungerechtfertigter Bereicherung. Daher kann auch der Bereicherte von sich aus die Bereicherung zurückgeben, und wenn der Schenker sie nicht annimmt, so kommt er in Annahmeverzug, § 516 BGB.

Was die Form der Schenkung betrifft, so unterscheidet das BGB. nicht wie das gemeine Recht zwischen großen und kleinen Schenkungen[3], sondern nur zwischen Realschenkungen und Schenkungsversprechen. Eine Realschenkung bedarf keiner Form, auch wenn sie auf den größten Wert geht; ein Schenkungsversprechen dagegen muß in der Art gefaßt werden, daß wenigstens die Versprechenserklärung in notarieller oder gerichtlicher Urkunde erfolgt, auch wenn das Versprechen auf das geringste geht, § 518 BGB. Nun ist es allerdings richtig, daß der Mensch viel leichter geneigt ist, zu versprechen, als zu geben; allein einerseits kann das Versprechen doch auch sehr geringfügig sein, anderseits kann auch die Hingabe in einer augenblicklichen Stimmung erfolgen, die der sonst üblichen Geistesrichtung des Menschen widerspricht. Die gemeinrechtliche Regelung, wo wenigstens Schenkungen von sehr hohen Beträgen unter allen Umständen einer Form bedurften, war vorzuziehen[4].

[1] Lehrbuch II S. 280 f.

[2] Über Reklamesendungen (keine Schenkungen) vgl. meinen Aufsatz Arch. f. b. R. XXXVIII S. 310. Während die Schenkung der Nächstenliebe dient, dient die Stiftung der Fernstenliebe, deren überragende Bedeutung uns Nietzsche gelehrt hat.

[3] Gemeinrechtlich auch die italienischen Statuten, z. B. Rom 1580 I a. 150. Allerdings war die gemeinrechtliche Bestimmung vielfach außer Übung, z. B. in Holland; vgl. Hugo Grotius, Inleiding III 2 § 15: waer van ick in onzes lands wetten niet en vinde; doch gab es einige costumen dieser Art, die Hugo Grotius übersehen hat; vgl. die Anmerkungen von Fockema Andreae (1895) II p. 139.

[4] Ist das Geschäft in Kaufform gekleidet, so ist zu sagen: ist diese Form nur die Verkleidung der Schenkung, indem bedungenermaßen die (scheinbare) Gegenleistung nicht geschuldet wird, so ist die Form des Schenkungsversprechens nötig. Besteht aber das donatorische Element nur in dem Mißverhältnis zwischen Preis und Ware, so liegt ein schenkungsbegünstigter Kauf, keine Schenkung vor, und er bedarf nicht der Form. Unzutreffend W. Müller, Jahrb. f. Dogm. 48 S. 229.

In anderer Weise hat das Gesetz den Schenker mild und schonungsvoll behandelt: er hat das Recht des Notbedarfs (beneficium competentiae) und dieses bis zur Höhe des standesmäßigen Unterhalts; er haftet nicht für Verzugszinsen und steht nur für Arglist und grobes Verschulden ein; insbesondere ist seine Haftung für Mängel der geschenkten Sachen wesentlich erleichtert, §§ 519—524 BGB.

Nach alten Rechten stand die Schenkung auf sehr schwankendem Boden[1]. Dies ist nicht mehr der Fall: der Schenker ist regelrecht gebunden. Doch kennt auch das neuzeitliche Recht die Möglichkeit des nachträglichen Zerfalls und des Widerrufs. Der erstere soll dann eintreten, wenn der Schenker in Vermögensungelegenheiten gerät oder mindestens so weit in seinen Verhältnissen zurückkommt, daß er sich den standesmäßigen Unterhalt nicht mehr verschaffen kann: hier hat er die Befugnis, die Schenkung soweit zu brechen, als erforderlich ist, um seinen Notstand zu heben; er kann also von dem Geschenkten so viel als erforderlich herausverlangen, welcher Anspruch jedoch durch Zahlung einer entsprechenden Unterhaltsrente abgewandt werden kann. Wie der Schenker durch die Schenkung nicht in Armut geraten soll, wenn er mehr versprochen hat, als seinem Vermögen gemäß ist (beneficium competentiae), so soll ihn auch die Realschenkung nicht zur Verarmung bringen. Dieses Recht ist ein höchst persönliches und kann weder vom Erben noch von den Gläubigern geltend gemacht werden, schon darum nicht, weil in bezug auf diese Personen von einer Unterhaltsleistung nicht die Rede sein kann. Nach 10 Jahren wird die Schenkung so befestigt, daß eine solche Rückforderung nicht mehr statthaft ist, §§ 528, 529.

Aus ethischen Gründen dagegen ist der Widerruf gegeben, wenn zwischen dem Schenker und dem Beschenkten schwere seelische Zerwürfnisse eintreten, die von dem Beschenkten herrühren und gegen den Schenker ihre Spitze richten, so daß ein Fortbestand der Schenkung dem wohlwollenden Charakter des Instituts nicht entspräche[2]. In solchem Falle hat der Schenker das Widerrufsrecht, aber auch nur er, nicht seine Gläubiger, und seine Erben nur ausnahmsweise. Mit diesem Widerruf tritt der Zerfall ein: das Gegebene ist von nun an ungerechtfertigte Bereicherung, und ein Bereicherungsanspruch ist begründet, § 530 f. BGB.[3]. Der Widerruf erlischt durch Verzeihung; einer Verzeihung steht es gleich, wenn der Schenker, nachdem er von dem Undank Kenntnis erlangt hat, ein Jahr mit dem Widerruf gezögert hat, § 532[4].

Diese Grundsätze gelten auch von dem schenkungsbegünstigten Kauf, soweit die Schenkungsgunst reicht.

b) Austauschgeschäfte über Nutzungen und Leistungen.

1. Miete und Pacht[5].

§ 74. Aus dem Mietvertrag erwächst nicht nur eine Reihe von Rechten, sondern ein Rechtsverhältnis: hier stehen Leistung und Gegenleistung nicht nur im Moment des Vertrages, sondern auch während der ganzen Vertragszeit in einem Wechselverhältnis, welches der Fülle des täglichen Lebens mit seinen vielen Verwickelungen und Hemmnissen entspricht.

Daher spielt 1. in Mietssachen der Ortsgebrauch eine große Rolle[6].

Daher kann 2. nicht etwa der Vermieter, nachdem er die Sache übergeben hat, den Mieter seinem Schicksal überlassen (etwa wie der Eigentümer den Nießbraucher), sondern er hat auch fernerhin dafür zu sorgen, daß ihm die Gebrauchsmöglichkeit der Sache zusteht; und treten hier Mängel

---

[1] Vgl. Einführung in die Rechtswissenschaft (4. Aufl.) S. 76 und Enzyklopädie I S. 46.

[2] Vgl. W. Müller, Jahrb. f. Dogm. **48** S. 231.

[3] Ist daher die Sache untergegangen, aber versichert, so hat der Widerrufende den Anspruch auf die Versicherungssumme, OLG. Kolmar 2. Juni 1910 Rhein. Z. III S. 252.

[4] Bei Schenkungen unter Ehegatten gelten noch besonders erweiternde Bestimmungen, § 1584, insbesondere fehlt hier auch die Ausnahme für Anstandsschenkungen, die sonst dem Widerruf entzogen sind, § 534, RG. 6. Juli 1904 Entsch. 58 S. 382. Doch darf man auch hier nicht zu weit gehen und bei der Ehescheidung alle Geburtstagsgeschenke „zurückrufen".

[5] Lehrbuch II S. 313.

[6] So was die Reinigung der Treppen, das Klopfen der Teppiche, den Gebrauch der Küche usw. betrifft. Der Mieter eines Ladens hat das Recht, außen Reklamen anzubringen (nach Berliner Brauch von seiner unteren Fensterkante bis zu der nächsten oberen Fensterunterkante, RG. 26. Oktober 1912 Entsch. 80 S. 282.

ein, so hat der Vermieter nicht nur einen Abzug des Mietzinses zu gewähren, sondern bei Schadenersatz dafür zu haften, daß die nötigen Vorkehrungen getroffen, also insbesondere die nötigen Ausbesserungen gemacht werden [1]. Und wird hierbei dem Mieter nicht alsbald das erforderliche geleistet, so braucht er nicht etwa abzuwarten, daß ihm später einmal die Mietsache in brauchbarem Zustande geboten wird: das würde der Einheit des ganzen Verhältnisses widersprechen; denn das durch Miete zu deckende Bedürfnis ist ein fortdauerndes, und der Mieter ist nur dann in seinem Interesse gewahrt, wenn ihm der ständige Genuß der Sache zukommt. Daher kann er in solchem Falle nicht etwa bloß den Mietzins für die Zeit verweigern, in der ihm die Sache entzogen ist; sondern sobald das Hindernis nicht in einer bestimmten angemessenen Frist beseitigt ist, darf er das Mietsverhältnis lösen [2]. Vgl. §§ 538, 541, 542 BGB. [3]. Ja, wenn die Mietssache in schadhaftem Zustande übergeben und dadurch Schaden angerichtet wird, nimmt man sogar eine objektive Haftung für Schadenersatz an ohne Rücksicht auf des Vermieters Verschulden, § 538 [4].

Dem entspricht auch noch der weitere Rechtssatz, daß, wenn die Sache veräußert wird, das Mietsverhältnis als Mietsverhältnis zwischen dem Mieter und dem Erwerber weiterbestehen kann: dies gilt bei Grundstücken, bei Wohnräumen und anderen Räumen, § 571 f. Der Erwerber wird dann zum Vermieter: er tritt vollständig in die Rechte und Pflichten des bisherigen Vermieters ein [5], während der bisherige Vermieter als Bürge mit haftbar bleibt, jedoch nur für die erste Zeit; denn wenn jetzt der Mieter von seinem etwa bestehenden Kündigungsrecht keinen Gebrauch macht, so erklärt er damit, daß er von nun an mit diesem neuen Mietsherrn zufrieden ist [6]. Der Mietzins kommt in diesem Falle nicht in das Forderungsrecht des bisherigen Vermieters, sondern in das Forderungsrecht des Nachfolgers: dieser ist nicht etwa der Zessionar des bisherigen Vermieters, sondern er erlangt das Forderungsrecht selbständig: er tritt nicht in die künftigen Mietsansprüche ein, sondern in das Mietsverhältnis, aus dem die Ansprüche hervorwachsen [7]. Er braucht sich darum auch Zahlungen und Verabredungen aus der Person seines Vorgängers nicht gefallen zu lassen, denn diese wirken nur für die Zeit, in welcher das Rechtsverhältnis ein Rechtsverhältnis des Vorgängers war. Doch macht das Gesetz eine Ausnahme, was den Mietzins des laufenden und des nächstfolgenden Kalendervierteljahres betrifft; für diese Zeit wird der bisherige Vermieter noch als der Forderungsberechtigte angenommen, so daß der Erwerber in dieser Beziehung sein Rechtsnachfolger ist. Es wäre wirtschaftlich verfehlt, wenn man nicht die Möglichkeit einer kurzen Vorauszahlung gäbe, insbesondere da die vierteljährliche Vorauszahlung vielfach üblich ist und eine noch frühere Zahlung bisweilen durch die Umstände geboten wird [8].

---

[1] Wird z. B. ein Geschäftslokal vermietet, so hat der Vermieter für alle Einrichtungen zu sorgen, welche die Polizei für den Geschäftsbetrieb erfordert, OLG. Karlsruhe 28. November 1913 Bad. Rechtspraxis 1914 S. 23 f. Wird ein Photographenatelier vermietet, so haftet der Vermieter für das schadhafte Dach, OLG. Kolmar 18. Juni 1912 Rhein. Zeitschr. V S. 393. Dagegen hat der Vermieter nicht dafür einzustehen, wenn die Polizei ein Nachtlokal nur unter polizeilichen Beschränkungen duldet, denn ein von gewerblichen Polizeischranken befreites Lokal hat der Vermieter nicht zu leisten, OLG. Dresden 5. Februar 1907 Mugdan XVI S. 418.

[2] Über die Haftung für Mauerschwamm vgl. die zahlreichen Nachweise bei Dickel, in den Hausschwammforschungen II (1909) S. 75 f.

[3] Allerdings hat er sich baldtunlichst darüber schlüssig zu machen, ob eine solche Kündigung stattfinden soll oder nicht; dies gebietet Treu und Glauben, RG. 6. Juni 1913 Entsch. 82 S. 363.

[4] RG. 14. Januar 1913 Entsch. 81 S. 200. Richtiger wäre es, auch hier die Sache auf den Schuldstandpunkt zu stellen.

[5] In die Rechte des Vermieters mit allen akzessorischen Vereinbarungen, aber nicht mit den Vereinbarungen, die außerhalb des Mietsverhältnisses stehen, vgl. Niendorf, Mietrecht S. 197.

[6] Über diese Art der Bürgschaft (Abschwächungsbürgschaft) vgl. Lehrbuch II S. 423, Koban, Gesetzliche Bürgschaft (1905) S. 13 f. Vgl. auch unten S. 123.

[7] Ähnliche, aber nicht dieselben Erscheinungen treten bei der Miete beweglicher Sachen ein nach § 986 BGB. Vgl. dazu Martin Wolff, Festgaben für Koch (1903) S. 11 f. (Sep.-A.).

[8] Das Gesagte ist aber nur zutreffend für die Vorauszahlung; soll aber auch eine Vorauszession in gleichem Umfange stattfinden können? § 573 bejaht dies; mit Unrecht. Dies hat zu unsäglichen Mißbräuchen geführt. Schlecht stehende Hauseigentümer zedieren diese zwei Mietsquartale regelmäßig, auch den Hypothekengläubigern gegenüber; die Zession gilt dann für das zur Zeit der Beschlagnahme laufende und das folgende Kalendervierteljahr, §§ 1123, 1124; und wird dann (etwa nach einem halben Jahre) das Grundstück versteigert, so soll die Vorauszession

Das Mietsverhältnis ist regelmäßig ein Verhältnis des Eigengebrauchs, nicht des Fremdgebrauchs: die Nachmiete ist regelmäßig nicht oder nur bedingt gestattet; wenn gestattet, nur unter Haftung des Mieters für das etwaige Verschulden des Nachmieters, § 549[1]. Durch Veräußerung der Sache an den Nachmieter hört das Mietverhältnis nicht auf[2].

Das Mietsverhältnis ist entweder ein fest befristetes, oder es ist in der Frist unbestimmt, so daß den Parteien die Möglichkeit überlassen ist, es zu kündigen und somit durch einseitige ankunftsbedürftige Rechtshandlung sein Ende herbeizuführen, § 564 f.[3]. Über die Kündigungsfrist kann besonderes ausgemacht sein; ist dies nicht der Fall, so kommt in Betracht, ob der Mietzins monatlich, wöchentlich oder tageweise bemessen wird: danach richtet sich die Kündigung; wird der Mietzins in längeren Terminen bemessen, so ist bei Grundstücken, Wohnräumen und Räumen die Kündigung eine Quartalskündigung, und zwar eine Quartalskündigung auf Ende des Kalendervierteljahrs, spätestens am 3. Werktag. Dies ist sozial sehr wichtig; denn auf solche Weise erfolgt die Mietsbeendigung massenweise an dem nämlichen Tag, und der Vermieter wird regelrecht auch wieder einen Mieter, der Mieter wieder einen Vermieter finden. Bei beweglichen Sachen ist dieses Bedürfnis weniger vorhanden, und darum kann hier das Mietsverhältnis auf jeden beliebigen Tag gekündigt werden, sofern die Kündigung nur am dritten Tag vorher geschieht.

In gewissen Fällen gibt die Gesetzgebung ein außergewöhnliches Kündigungsrecht, ohne Kündigungsfrist, so in dem oben bezeichneten Falle, wo die Mietsache nicht in brauchbarem Zustand zur Verfügung steht und der Mangel nicht in angemessener Zeit ergänzt wird; so aber auch dann, wenn der Mieter die Mietsache schwer mißbraucht und trotz Mahnung nicht abläßt, und ebenso wenn er zweimal hintereinander mit dem Mietzins im Verzug ist (§§ 553, 554 BGB.).

In einer anderen Reihe von Fällen gibt das Gesetz die Kündigung in gesetzlicher Frist, ohne Rücksicht auf die vereinbarte Mietsperiode. So 1. wenn der Mietsvertrag auf eine zu lange Zeit angesetzt ist: man darf ihn nicht länger als auf 30 Jahre stellen; nach 30 Jahren kann in gesetzlicher Frist gekündigt werden. Außerdem kann 2. jeder Teil kündigen, wenn der Mieter stirbt, und endlich kann 3. ein Beamter die ihm und seiner Familie dienenden Räume kündigen, wenn er versetzt wird. 4. Im Falle einer Zwangsversteigerung kann der Ersteher des Grundstückes dem Mieter in der gesetzlichen Frist kündigen[4] und ebenso kann 5. der Eigentümer kündigen, wenn der Nießbraucher die Sachen über die Nießbrauchsperiode hinaus vermietet hat (§§ 567, 569, 570, 1056, 1423, 1663, 2135 BGB., § 57 ZVG., § 21 KO.).

Diese gesetzliche Frist ist bei Grundstücken, Wohnräumen und Räumen die Quartalfrist mit Quartalkündigung in obiger Weise.

Alle diese Bestimmungen über das Wohnungsmietsverhältnis lassen sehr viel zu wünschen übrig; namentlich deshalb, weil die meisten hilfreichen Bestimmungen nachgiebigen Rechts sind und in rücksichtsloser Weise wegbedungen zu werden pflegen[5]. Über die Hotel-

noch für das zur Zeit des Zuschlags laufende und das nachfolgende Vierteljahr gelten (also für 4 Quartale!). Und man nimmt an, daß die Pfändung des Mietzinses in demselben Umfange möglich sei wie die Vorauszession, RG. 20. September 1904 Entsch. 59 S. 177! Weiteres darüber bei Lafrenz, JW. 42 S. 1128. Im übrigen gilt folgendes: der Zwangsversteigerungsbeschlag berührt, da er dem Schuldner nicht den Fruchtgenuß entzieht, den Mietzins nicht, wohl aber der Zwangsverwaltungsbeschlag. Jedoch auch bei dem bloßen Zwangsversteigerungsverfahren kann eine Beschlagnahme der Mietzinsen nach den Grundsätzen des Forderungsbeschlags (§ 828 ZPO.) stattfinden, und dieser genügt, um die Wirkung des § 1123 BGB. herbeizuführen, RG. 21. Dezember 1912 Entsch. 81 S. 146. — Eine gesetzliche Änderung ist dringend nötig; sie steht bevor.

[1] Soweit Nachmiete gestattet ist, ist auch eine Vollstreckung in das Mietsverhältnis möglich, Päch, Arch. f. b. R. XXVI S. 12 f.

[2] OLG. Celle 21. Januar 1907 Mugdan XVII S. 15.

[3] So schon in den italienischen Statuten. Friaul 1504 V 5 sieht eine zweimonatliche Kündigung vor.

[4] Neuerdings hat man den Trick ersonnen: der Hauseigentümer gibt die mietzinsbringenden Häuser in Pacht; der Pächter behauptet, daß für ihn als gesetzliche Kündigungsfrist die Halbjahresfrist des § 595 gelte!

[5] Hierüber hat neuerdings Elzbacher lehrreiche Erörterungen gegeben, vgl. auch meine Abhandlung „Über Land und Meer“ 1913 Nr. 50, Schneider, Wohnungsmietrecht (1893) S. 95 f. Das Amts- und Landgericht München (13. Januar 1911) hat Mietverträge insofern,

zimmermiete gelten besondere Rücksichten, welche die Jurisprudenz in Ermangelung gesetzlicher Bestimmungen zu entwickeln hat [1].

Von der Miete unterscheidet sich die Pacht in mehreren Punkten wesentlich. Während die Miete sich nur auf eine (bewegliche oder unbewegliche) Sache bezieht, kann die Pacht sich auch auf unkörperliche Gegenstände (z. B. auf Erfindungen, auch auf ein Unternehmen) erstrecken. In bezug auf Sachen aber liegt Pacht dann vor, wenn nicht der bloße Gebrauch, sondern die Fruchtziehung überlassen wird; wobei nicht bloß körperliche, sondern auch bürgerliche Früchte in Betracht kommen: es gibt also eine Pacht von Landgütern, wie es eine Pacht von Theatern, Handelsgeschäften und Eisenbahnen gibt. Für die Pacht bestehen mehrfach besondere Bestimmungen, namentlich was die Dauer und Kündigung betrifft: hier gilt bei Grundstücken das Pachtjahr mit halbjähriger Kündigung, § 595. Im übrigen gelten Besonderheiten für die Pacht landwirtschaftlicher Grundstücke, welche dem Pächter ziemlich weitgehende Ausbesserungs- und Kulturpflichten auferlegt, § 582 f. BGB., sodann für die Pacht eines Landgutes, denn dieses soll in wirtschaftlich geeigneter Ausrüstung erhalten werden, § 593. Wichtige Bestimmungen gelten auch für das Inventar, das gewöhnlich gegen Schätzung übernommen wird: infolgedessen trägt der Pächter die Gefahr, kann aber auch die abgehenden Stücke verwerten, § 587 f. Einen Pachtzinsnachlaß (remissio mercedis) wegen Mißwachs kennt das BGB. nicht.

Ein Hauptunterschied zwischen Miete und Pacht ist aber: der Mieter hat nur ein Recht, keine Pflicht, die Sachen zu gebrauchen, der Pächter aber hat die Pflicht, sei es ein landwirtschaftliches Grundstück, sei es ein Etablissement, ordnungsgemäß zu kultivieren, weil durch Unterlassung der Kultur das Grundstück Schaden litte und das Etablissement seine Kundschaft verlöre [2]. Doch gilt dies nicht für alle Arten der Pacht; insbesondere für den Lizenzvertrag, durch welchen die Benutzung einer Erfindung gegen Entgelt überlassen wird, gilt es nur dann, wenn der Vertrag den Zweck verfolgt, die Erfindung einzuführen, wenn also der Lizenzvertrag den Charakter eines Verlagsvertrages annimmt [3].

Übrigens hat der Unterschied von Pacht und Miete auch wichtige prozessuale Bedeutung; insbesondere bezieht sich § 23 Z. 2 GVG. nicht auf die Pacht eines Theaterunternehmens.

2. Leih- und Verwahrungsgeschäft.

§ 75. Das Leihgeschäft und das Verwahrungsgeschäft sind wesentlich in der Art des römischen Rechts weiter entwickelt, nur daß das Leihgeschäft auf unbewegliche Sachen erstreckt ist, und daß die Verwahrung auch eine entgeltliche sein kann, in welchem Falle der Verwahrer für alles Verschulden eintritt (§ 690 BGB.). Eine große Entwicklung zeigt aber das Depositengeschäft, das depositum irregulare, das schon im Altertum längst verbreitet war, heutzutage aber eine überwiegende Bedeutung gewonnen hat: man gibt einem Bankier Geld in Verwahrung in der Art, daß er nicht dieselben Stücke, sondern nur einen gleichen Geldwert zurückzugeben hat: er wird Eigentümer der Geldstücke und ist, ähnlich wie bei dem Darlehen, zur Wertrückerstattung verpflichtet [4]. Da nun aber dieses Geschäft nicht nur bei Geld, sondern auch bei anderen vertretbaren Sachen möglich ist und die neuzeitliche Entwicklung insbesondere die Wertpapiere, vor allem die Inhaberpapiere, in die Höhe gebracht hat, so hat das Hinterlegungsgeschäft vielfach eine ungeahnte Wendung angenommen. Die Notwendigkeit einer sorgfältigen Verwaltung der Inhaberbriefe mit ihren Zins- und Gewinnanteilscheinen, und die

als die zum Schutze des Mieters gegebenen Schutzbestimmungen wegbedungen werden, für ungültig erklärt; Seuffert, Bl. f. Rechtsanw. 76 S. 256.

[1] Über die Kündigung der Hotelzimmer vgl. Lehrbuch II S. 334. Daß der Gast nicht wegen Erkrankung haftet, vgl. OLG. Frankfurt 4. Juli 1905 Mugdan XIII S. 369. Bei längeren Hotelmieten, namentlich an spezifischen Kurorten wird aber nicht selten etwas anderes ausgemacht.

[2] Dies habe ich zuerst im Archiv f. ziv. Praxis 71 S. 397 hervorgehoben. Allerdings kann der Pächter die Sache dem Verpächter (unter Aufrechterhaltung der Pachtzinszahlung) zum Selbstbetrieb zurückstellen. Vgl. schon Antwerpen Const. Compil. (1609) IV 7 § 2 nr. 16.

[3] Lehrbuch des Patentrechts S. 183. Über die Haftung aus dem Lizenzvertrag für den Bestand des Patentes und die Ausführbarkeit der Erfindung vgl. Handbuch des Patentrechts S. 589 f., RG. 1. März 1911 Entsch. 75 S. 400, über Rücktritt wegen Unverkäuflichkeit der Ware OLG. Dresden 8. November 1911 Sächs. Arch. VII S. 270.

[4] Wertverwahrung, im Gegensatz zu Sachverwahrung, vgl. Lehrbuch II S. 387.

Schwierigkeiten, welche infolge der Möglichkeit der Verlosung und der Notwendigkeit zeitweiliger Vorweisung der Papiere entstehen, haben das sog. Verwaltungsdepot gezeitigt, das darin besteht, daß das Publikum die Wertpapiere dem Bankier offen gibt, damit er alle nötigen Verwaltungstätigkeiten vornimmt und so der Hinterleger sein Einkommen mühelos bezieht (Verwaltungsdepot). Hier hat sich nun vielfach der Brauch entwickelt, daß die Bankiers die Papiere durcheinandermischten, — wie es auch beim Getreidelagergeschäft vorkommt, daß man die Getreidemassen zusammenschüttet, um dadurch die Verwaltung zu erleichtern. Damit aber kam die Sache auf eine schiefe Ebene; denn die Bankiers glaubten nun, daß das Hinterlegungsgeschäft zu einem irregulären Depositum, zu einem Wertdepot wurde, so daß das Eigentum der Papiere auf sie überginge und sie lediglich schuldrechtlich verpflichtet wären, ihren Kunden derartige Papiere seinerzeit zurückzuliefern; und dies wurde um so bedenklicher, als das Geschäft sich vielfach mit dem Kommissionsgeschäft verband, indem die Bankiers zu gleicher Zeit für ihre Kunden die Anschaffung neuer Papiere, sei es für neue Ersparnisse, sei es als Ersatz verloster Stücke, übernahmen. In der Tat schafften sie sie vielfach nicht an, sondern belasteten sich lediglich für die betreffenden Papiere zugunsten der Besteller. Das schien nun an sich sehr angängig, denn es konnte schließlich dem Hinterleger gleichgültig sein, ob er seinerzeit die eine oder die andere Nummer eines bestimmten Papieres bekam. Fiel aber der Bankier in Konkurs, so eröffnete sich sofort ein jäher Abgrund; denn nunmehr waren die Kunden lediglich Konkursgläubiger, während sie gehofft hatten, einfach ihr Eigentum herausnehmen zu können; und so verloren sie 70, 80 % ihres Vermögens: sie verloren es einfach durch den Übergang vom depositum regulare zum irregulare. Diesem schweren Unheil suchte das BGB. in § 700 durch die Bestimmung abzuhelfen, daß eine Vereinbarung, wonach bei Wertpapieren die Hinterlegung ein depositum irregulare werden soll, ausdrücklich geschehen müsse. Noch weiter geht ein Gesetz vom 5. Juli 1896, das sog. Depotgesetz, welches nicht nur verlangt, daß eine derartige Vereinbarung schriftlich zu geschehen hat, sondern auch weitere Vorsichtspflichten feststellt, und den Bankier — auch bei Strafvermeiden — verpflichtet, die nötigen Maßregeln zu treffen, damit die Wertpapiere der einzelnen Kunden stets genau ausgeschieden werden können.

Eine Art des depositum regulare, welche heutzutage von der größten Wichtigkeit ist, ist die sog. Miete eines Kassenfaches, eines Tresors, Safe —, ein Vertrag, der sich von England nach Deutschland verbreitete und hier, namentlich mit Rücksicht auf Erfahrungen, die das Publikum mit dem Verwaltungsdepot gemacht hatte, rasch Eingang fand [1]. Der Vertrag wird im beteiligten Publikum gewöhnlich als Schrankmiete bezeichnet, und die volkstümliche Vorstellung ist die, als ob der im Safe enthaltene Raum für die Kassette gemietet sei. Aber damit würde man die Sachlage nur oberflächlich kennzeichnen; denn nicht nur das ist wesentlich, daß die Bank ihrem Kunden ein solches Fach zur Benutzung stellt, sondern die Bank übernimmt es, dasjenige, was in diesem Fache ist, zu behüten; ja, sie hat ständig die nötige Sorgfalt anzuwenden, damit die in dem Fache untergebrachten Gegenstände nicht durch Diebstahl, Feuer, Wasser oder irgendwelche andere zerstörende Elemente vernichtet oder gefährdet werden. Daher ist der Gedanke der: die Gegenstände sind auf solche Weise der Bank anvertraut. Der Vertrag ist mithin ein Verwahrungsvertrag, er ist aber nicht als Realvertrag, sondern als Konsensualvertrag gedacht; denn das Verhältnis zwischen beiden Teilen entsteht mit dem Vertrag schon dann, wenn noch nichts in das Kassenfach eingebracht ist. Auf der anderen Seite wird der Vertrag nicht in bezug auf gewisse Verwahrungsgegenstände abgeschlossen, sondern in bezug auf unbestimmte Sachen, welche eben der Hinterleger in das Kassenfach einbringen wird. Ein solcher Verwahrungsvertrag ist unbedenklich: man kann zweifellos einen Vertrag abschließen, daß die Bank während einer bestimmten Zeit alles zu verwahren hat, was ich in einen bestimmten Raum bringe; dies ist ebenso, wie wenn ich z. B. mit einem Reeder einen Frachtvertrag eingehe, daß das Schiff befördern soll, was ich in einem bezeichneten Schiffsgelaß unterbringen werde. Wie hier trotz der Bezeichnung des bestimmten Gelasses ein Frachtvertrag, so liegt bei der Bank trotz der Bezeichnung des Kassenfaches ein Verwahrungsvertrag vor [2].

[1] Das Institut stammt aus England, Näheres bei Wettstein, Kassenschrankfachgeschäft (1903) S. 17 f.

[2] Die Literatur über diese Frage ist zusammengestellt bei Sarfatti, Contratto d'Abbonamento alle cassette di sicurezza delle banche (1908) p. 11 f., 18 f., der auf S. 24 f. zu Unrecht

Und daß der Hinterleger berechtigt ist, die Sache zugleich unter seinen Verschluß zu bringen, steht gleichfalls dem Verwahrungsvertrag nicht im Wege; im Gegenteil ist das depositum regulare gerade häufig dadurch äußerlich gekennzeichnet, daß man die Sache nicht offen, sondern im Verschluß übergibt.

Weiter muß noch berücksichtigt werden, daß der Hinterleger nicht etwa all und jede Sache einschließen kann, sondern nur geeignete Gegenstände unterbringen darf, also Urkunden, Wertpapiere, Kostbarkeiten, und daß der Bank darüber ein Kontrollrecht zusteht, sie unter Umständen auch berechtigt ist, selber das Fach zu öffnen und die Gegenstände an sich zu nehmen. Die Bank ist in einem solchen Falle Besitzerin, der Hinterleger aber hat einen Mitbesitz im Sinne des § 1206 BGB., trotz der Möglichkeit, daß die Bank von sich aus allein den Tresor öffnen darf, weil dies jedenfalls nur etwas Ausnahmsweises und Anomales ist. Der Mitbesitz der Bank ist ein genügender Besitz, so daß der Tresormieter den Inhalt des Tresors der Bank verpfänden kann; daher die sehr gewöhnliche Klausel, daß der Bank für alle Ansprüche gegen den Tresormieter ein Pfandrecht an den eingebrachten Gegenständen zustehen soll, solange sie eingebracht bleiben und nicht zurückgenommen sind.

Eine Art von Hinterlegung erfolgt bei dem Gastwirtvertrag: der Gastwirt haftet bis zur höheren Gewalt, er haftet aber nicht eigentlich aus dem Vertrag, sondern aus dem Gewerbe, weshalb hiervon später S. 134 die Rede ist. Er haftet insbesondere für die eingebrachten Sachen, auch wenn kein Vertrag zustande kam; seine Haftung ist regelmäßig auf eine Summe beschränkt, § 701 f.[1].

3. Dienstvertrag[2].

§ 76. Der Dienst- oder Arbeitsvertrag ist vom BGB. mit Recht von der Miete völlig ausgeschieden worden. Die Kennzeichnung des römischen Rechts als locatio conductio operarum weist auf ein System, wonach hauptsächlich Sklaven zur Arbeit ausgeliehen oder ausgemietet wurden: wie man Sklaven verkaufte, so vermietete man sie auch; dies ist in allen Sklavenstaaten Übung. Auch Haussöhne wurden auf diese Weise ausgemietet, und als es die sozialen Verhältnisse mit sich brachten, daß freie Menschen sich selbst in Arbeit begaben, so wurde dies nach den Grundsätzen behandelt, die man für die Sklavenarbeit festgesetzt hatte.

Dies kann für unsere neuzeitlichen sozialen Verhältnisse natürlich nicht mehr gelten. Der Dienstvertrag ist ein Vertrag über freie Menschenarbeit, bei welcher die Tätigkeit der freien Person nach all ihrer Würde und Bedeutung in Betracht kommt.

Darum unterscheiden wir gesetzlich nicht mehr zwischen gewerblichen und nichtgewerblichen Arbeiten. Nicht als ob hier jeder Unterschied fehlte: gewerbliche Arbeiten sind solche, bei denen unsere Volksanschauung den Gedanken hegt, daß sie durch Zahlung aufgewogen werden; im Gegensatz dazu steht eine Tätigkeit, die uns als so hoch gilt, daß ein Gegenwert in Geld gar nicht als möglich erscheint; trotzdem ist auch bei ihr ein Dienstvertrag möglich: denn was nicht vollständig gegengewertet werden kann, dem kann doch ein bestimmter Gegenwert zugesagt werden: auch der geistige Arbeiter hat zu leben und bedarf darum der Gegenleistung.

Die Pflicht des Dienstherrn zur Arbeitsfürsorge ist bereits oben S. 75 erwähnt worden. Von ihr wird, was die gewerbliche Arbeit betrifft, besonders gehandelt in Enzyklopädie IV. S. 347 f.

Hervorzuheben ist aber, daß diese soziale Pflicht nicht durch die juristische Gültigkeit des Dienstverhältnisses bedingt ist, sondern sich auf alle faktischen Dienstverhältnisse bezieht: auch wenn etwa der Dienstvertrag nichtig, der Arbeiter aber in Arbeit genommen ist, so ist der Dienstherr zur Obsorge verpflichtet[3].

Das Dienstverhältnis ist ein wesentlich zeitliches Verhältnis. Es kann nicht auf länger als 5 Jahre fest begründet werden und ist dann von seiten des Dienstverpflichteten in 6 Monaten

die Verwahrungslehre bekämpft: daß es sich um einen Verwahrungsvertrag eigener Art handelt, ist ebenso klar, wie für die Systemfrage unwesentlich. Über Einzelfragen Cohn, Arch. f. b. R. XXX S. 235, XXXIII S. 295 und Bacharach, Monatsschrift für Handelsrecht XXII S. 257.

[1] Lehrbuch II S. 501 f.

[2] Lehrbuch II S. 341, Lotmar, Arbeitsvertrag (1902 f.).

[3] Dies habe ich Lehrbuch II S. 349 f. eingehend entwickelt.

kündbar, § 624 BGB. Im übrigen ist für die Zeitdauer das nämliche System angenommen wie bei der Miete: ist die Vergütung auf Tage, Wochen, Monate, Vierteljahre bemessen, so ist auch die Kündigung eine Kündigung auf Tage, Wochen, Monate, Vierteljahre, wobei regelrecht Kalenderwochen, Kalendermonate und Kalendervierteljahre anzunehmen sind. Die Kündigung ist ähnlich wie bei der Miete; nur ist die Kalendervierteljahr-Kündigung in der Art umgestaltet, daß 6 Wochen vor Ablauf des Vierteljahrs gekündigt werden kann, §§ 620 ff. BGB.

Außerdem besteht ein allgemeines Kündigungsrecht aus wichtigen Gründen objektiver und subjektiver Art. Hierzu gehören Unfähigkeit der Dienstleistenden, aber auch ungenügender oder schädlicher Betrieb des Dienstherrn, sodann vor allem starke Reibungen, Mißhelligkeiten, Verletzungen der Persönlichkeitsrechte, § 626 BGB. [1].

Dienstvergütung und Dienstleistung entsprechen sich; doch muß trotz kurzer (schuldloser) Unterbrechung die ganze Vergütung bezahlt werden (§ 616 BGB.); dahin gehört insbesondere eine Unterbrechung durch militärische Übungen (vgl. HGB. § 72 Z. 3: nicht über 8 Wochen).

Für die Zeit nach der Dienstleistung ist bedeutsam, daß der Dienstherr bei längerem Dienstverhältnis auf Verlangen zu einem Zeugnis 1. über das Dienstverhältnis, 2. über die Leistungen, 3. über die Führung verpflichtet ist. Das Zeugnis muß eine gutgläubige Beurteilung enthalten, § 630 (§ 73 HGB., § 113 GewO.) [2].

Etwas Besonderes gilt von den sog. Mandatsdienstverhältnissen. Dies sind Verhältnisse, die früher unter die Regeln des Mandats gestellt worden sind und deswegen kraft der römischen Mandatslehre der freien Kündigung beider Teile unterlagen. Der innere Grund dieser Kündigung lag im römischen Recht darin, daß die Dienste als unentgeltlich gedacht wurden, und der etwaige Gegenwert nicht als Gegenstand einer bürgerlichen Schuld galt, sondern nur extra ordinem (im Halbprozeß) geltend gemacht werden konnte. Bei uns hat man diese Kündbarkeit für solche Fälle aufrechterhalten, wo auf der einen Seite keine festen Bezüge ausgemacht sind, sondern die Dienste nach Maßgabe der wirklichen Leistungen honoriert werden, und auf der anderen Seite die Dienstleistungen höherer Art sind und zu gleicher Zeit ein besonderes Vertrauen verlangen. Es gehören hierher namentlich die Dienstleistungen des Rechtsanwalts und des Arztes. Von größter Bedeutung ist hier, daß kein Teil länger gebunden sein soll, wenn er zu dem anderen kein Vertrauen mehr hat, oder wenn er möglicherweise fühlt, daß das Vertrauen des anderen geschwunden ist; und da dies mehr eine Gefühlssache ist, als eine Sache objektiver Erkenntnis und objektiven Nachweises, so ist die Kündigung als völlig frei erklärt. Die Honorierung richtet sich dann nach den geleisteten Diensten, wobei allerdings zu berücksichtigen ist, daß möglicherweise die bisherigen Dienstleistungen bloß als Stückleistungen zu betrachten sind, die an und für sich keinen Wert haben, und daß die Fortsetzung von seiten eines anderen vielleicht gar nicht möglich ist, da ein anderer nach einem anderen System arbeitet: man denke sich den Fall einer begonnenen ärztlichen Behandlung, die abgebrochen wird, während ein Nachfolger eine ganz andere Methode in Anwendung bringt. Hier wird es Frage des einzelnen Falles sein, ob und welcher Gegenwert zu geben ist. § 628 bestimmt, daß, wenn der Dienstleistende selber das Verhältnis abbricht, ohne durch vertragswidriges Verhalten des anderen veranlaßt zu sein, er eine Vergütung gar nicht zu verlangen hat: dies ist nur mit gewissem Vorbehalt zu verstehen.

Eine besondere Art des Dienstverhältnisses ist auch das Dienstverhältnis mit Geschäftsbesorgung; Geschäftsbesorgung ist eine Tätigkeit, welche in Rechtshandlungen oder in Vorbereitung von Rechtshandlungen besteht. Hier treten Besonderheiten ein, namentlich kann hier die Verpflichtung zur Rechnungslegung, zur Herausgabe der eingenommenen Gelder usw. in Betracht kommen, §§ 675, 665 f.

[1] OLG. Karlsruhe 15. Dezember 1911 Bad. Rechtspraxis 1913 S. 33.

[2] Lehrbuch II S. 353. Hierwegen kann auf Feststellung etwaiger objektiver Unrichtigkeiten geklagt werden. Über das einzelne vgl. Bendix, Arch. f. b. R. XXVIII S. 94 f. Dieses Zeugnis ist nicht nur für den Dienstleistenden, sondern auch für Dritte, welche etwa mit diesem in Arbeitsverkehr treten wollen bestimmt; daher haftet der Ausstellende für (grobe) Unrichtigkeit. Hat er aber das Zeugnis nach bestem Wissen ausgestellt und später Dinge erfahren, die gegen den Arbeiter sprechen, so ist er zwar verpflichtet, es anzugeben, falls er darüber befragt wird, aber er ist nicht verpflichtet, von sich aus die Initiative zu ergreifen zu etwaiger Berichtigung, OLG. Düsseldorf 16. Mai 1911 Mugdan 23 S. 43.

Ist die Geschäftsbesorgung eine unentgeltliche, so versteht sich die freie Kündbarkeit von selbst, jedoch unter Vorbehalt dessen, daß bei der Kündigung einige Diskretion zu wahren ist, damit der andere Teil für sich sorgen kann. Unentgeltliche Dienstverträge über anderes als Geschäftsbesorgung sind analog zu behandeln, nur daß hier die Rechnungslegung usw. wegfällt[1].

Ein Dienstvertrag eigener Art ist das sog. Theaterengagement, d. h. der Vertrag mit einem Schauspieler, daß er eine bestimmte Zeit lang in dramatischen Rollen auftrete. Die dramatische Tätigkeit ist eine Verpflichtung des Schauspielers; ein Recht auf einzelne Rollen hat er nicht, ein Recht, genügend auftreten zu dürfen, hat er insofern, als er im Falle unzureichender Beschäftigung kündigen darf[2].

Ob der Schauspieler sich weigern darf, eine Rolle zu übernehmen, richtet sich nach dem Brauch des Theaters und den Anschauungen der Kunst: eine so strenge Scheidung der Charakterfächer wie früher besteht allerdings nicht mehr[3].

Im übrigen können die Grundsätze über Lösung des Dienstverhältnisses nach dem BGB. hier keine unmittelbare, sondern nur analoge Anwendung finden[4]. Wohl aber muß auch hier gesagt werden, daß aus wichtigen Gründen ein jeder Teil kündigen kann. Wichtige Gründe können nicht nur verschuldete Gründe sein, sondern auch Unglücksfälle, die beispielsweise dem Schauspieler die Stimme rauben oder ihm die Spannkraft nehmen, um gewisse Hauptrollen durchzuführen.

4. Werkvertrag[5].

§ 77. Der Werkvertrag unterscheidet sich vom Dienstvertrag dadurch, daß man hier nicht Dienste, sondern einen bestimmten Arbeitserfolg verspricht[6]; ist der Arbeitserfolg ein körperlicher, so kommt auch noch der Stoff in Betracht, und hier ist zu unterscheiden: liefert der Arbeiter den Stoff ganz oder in der Hauptsache, dann liegt nicht ein Werkvertrag, sondern der Kauf einer künftigen Sache vor, denn die Sache soll ja nur zu dem Zweck gefertigt werden, damit sie künftig in des andern Eigentum übergeht; anders, wenn der Besteller den Stoff liefert und der Unternehmer lediglich Zutaten. Handelt es sich um Grundstücksarbeiten, dann ist maßgebend, wer den Grund und Boden gibt; das übrige gilt als Zutat: es ist also ein Werkvertrag, wenn der Besteller den Boden liefert und der Architekt mit seinem Material ein Haus baut.

---

[1] Sogenannte Gefälligkeitsverträge; es ist verwunderlich, daß bei diesen die Fahrlässigkeitshaftung nicht abgeschwächt worden ist, was doch im höchsten Maße entsprechend wäre. Über diese Verträge vgl. auch Krückmann, Seuff. Bl. f. Rechtsanw. **74** S. 113 f., 153 f.

[2] Vgl. Lehrbuch II S. 340 und meine Abhandlung in der Juristenzeitung XVI S. 54, Klein in Gellers Zentralbl. XXVIII S. 24.

[3] Juristenzeitung XVI S. 54 f.

[4] Unrichtigerweise hat jüngst das RG. in Sachen Reinhard gegen Wegener angenommen, daß der § 624 BGB. auch hier gelte. Damit wird die Möglichkeit lebenslänglichen Engagements mit Pensionsversorgung unmöglich gemacht, und dahin drängen doch die gesunden Theaterverhältnisse; eine Kündigung ex justa causa wäre dann natürlich immer noch möglich, ebenso könnte ein langstieliger Vertrag, welcher beschwerende Bedingungen enthält, gegen § 138 verstoßen; aber alles dies muß den Umständen des Falles angepaßt werden.

[5] Lehrbuch II S. 362.

[6] Man hat neuerdings den Unterschied zu bestreiten versucht, vgl. namentlich Gustav Rümelin, Dienstvertrag und Werkvertrag (1905) S. 177 f., aber in völlig unzureichender Weise; es wäre eine Verarmung unseres Rechtssystems, wenn es nicht möglich wäre, kontinuelle Arbeit und festes Arbeitsergebnis zu scheiden; vgl. auch schon Riezler, Werkvertrag S. 41 f. Daß Werkvertrag und Akkordarbeit nicht dasselbe sind, darüber vgl. die Ausführungen von Wölbling und mir im Archiv f. Rechtsphilos. IV S. 652, 687 (Darmstädter Kongreß): gerade die Würdigung der Akkordarbeit ist ohne den Unterschied zwischen Dienst- und Werkvertrag nicht möglich. Man berücksichtige namentlich die soziale Arbeiterschutzpflicht, die bei dem Dienstvertrag eine ganz andere ist als beim Werkvertrag. Man beachte noch folgende Fälle: der Vertrag mit einem Arzt über eine Operation ist ein Werkvertrag (natürlich nicht ein Vertrag über ein erfolgreiches Werk), allerdings mit den Modifikationen, welche das Werk nach den Schicksalen des Falles erfahren kann; der Vertrag mit einem Sanatoriumsarzt ist ein Dienstvertrag; vgl. auch Zitelmann, Das deutsche Krankenhaus (1911) S. 920. Der Bergführervertrag ist ein Dienstvertrag; vgl. Martius, Bergführervertrag (1906) S. 77 f. Der Vertrag über die Fällung eines Schiedsspruchs oder über Ausübung des Preisrichtertums ist ein Werkvertrag, wobei allerdings zu prüfen ist, ob nicht die Umstände des Falles nachträglich ein Ablehnungsrecht geben, RG. 29. November 1904 Entsch. 59 S. 247, OLG. Kassel 8. März 1910 Seuffert Arch. **66** Nr. 64.

Dieser Unterschied zwischen Kauf und Arbeitsvertrag darf aber nicht übertrieben werden, und insbesondere gelten, was die Mangelhaftigkeit der Leistung betrifft, nicht die Grundsätze des Kaufgeschäfts, sondern die Grundsätze des Werkvertrages, da die Lebenserscheinungen, welche eine andere Behandlung des Werkvertrages als des Kaufes bedingen, hier in besonderem Maße zutreffen. Man nennt einen solchen Kauf auch Werkskauf[1].

Die Gründe einer besonderen Behandlung dieses Falles gegenüber dem gewöhnlichen Kauf sind folgende: soll ein Unternehmer ein Werk leisten, so wird man im Falle einer Mangelhaftigkeit des Ergebnisses zuerst daran denken müssen, daß er die Mängel verbessert, und erst in zweiter Linie wird Wandelung oder Preisminderung in Betracht kommen: zunächst hat der Unternehmer Recht und Pflicht, den Fehler zu heben, es müßte denn sein, daß dies nur durch unverhältnismäßigen Aufwand geschehen könnte. Verweigert er diese Verbesserung, so kann der Besteller sie auf dem gewöhnlichen Wege erzwingen; er hat aber außerdem das Recht, eine Frist zu setzen mit der Bestimmung, daß nach Ablauf der Frist eine Verbesserung abgelehnt wird; und läuft die Frist vergebens ab, dann tritt wie beim Kauf Wandelung oder Minderung ein, und dies gilt, wie beim Kauf, ohne Rücksicht auf ein etwaiges Verschulden; bei Verschuldung kann natürlich Schadenersatz verlangt werden nach den gewöhnlichen Regeln (§§ 633 f. BGB.).

Außerdem ist der Fall besonders zu behandeln, wenn der Unternehmer nicht rechtzeitig liefert. Hier ist die Sachlage eine andere als bei dem Kauf einer gegenwärtigen Sache. Liefert der Unternehmer nicht rechtzeitig, so darf der Besteller eine Frist setzen, nach deren Ablauf er von dem Vertragsverhältnis zurücktreten kann; ob er Entschädigung verlangen kann, hängt von dem etwaigen Verschulden ab, § 636 BGB.

Besondere Erscheinungen treten ferner ein, wenn der Besteller eines Werkes in Annahmeverzug kommt; so wenn er bei halbfertigem Werke erklärt, das Werk seinerzeit nicht annehmen zu wollen. Die Folge ist, daß der Unternehmer nun nicht mehr für den Besteller arbeiten kann; er kann aber die Gegenleistung verlangen, also die versprochene Vergütung, wie wenn er alles geleistet hätte, allerdings unter Abzug dessen, was er an Material und Arbeitsmittel erspart oder was er durch entsprechende anderweite Verwendung seiner dadurch frei werdenden Arbeitskraft gewinnt oder nach guten Treuen gewinnen könnte, § 649 BGB.[2]. Unter diesem Geding kann der Besteller jederzeit Konterorder geben oder das Werk für die Zukunft sperren. Man hat zwar entgegengehalten, daß der Unternehmer ein Interesse an der Realerfüllung haben könne, wie z. B. ein Künstler, der durch seine Arbeit berühmt werden wolle, oder eine Gesellschaft, welche hoffe, im Gefolge der einen Arbeitsausführung auch noch andere Arbeiten zu bekommen; dies sind aber keine Interessen, welche den Rechtsschutz beanspruchen können: denn es wäre gegen die Verkehrslage der Parteien, wenn der Besteller ein Werk annehmen müßte, das er nach den veränderten Umständen nicht mehr brauchen kann, und das ihm möglicherweise eine große Verlegenheit wäre, ein Werk, das vielleicht nach der gewordenen Sachlage geradezu gefährlich oder verderblich sein könnte. Man denke sich den Fall, daß eine Stadt eine Beleuchtung bestellte, die weitaus überholt ist, oder den Bau eines Krankenhauses bedungen hat, dessen Einrichtung sich nach neuen Erfahrungen als gesundheitsgefährlich erweist. Hier versteht es sich von selber, daß man sich von der Leistung des Unternehmers loslösen und insbesondere das Arbeitsmaterial, das bis jetzt nicht verwendet wurde, herausverlangen kann.

Die Grundsätze des Annahmeverzuges treten auch ein, wenn der Besteller des Werks aus irgendwelchen Gründen an der Annahme verhindert ist. Man denke sich den Fall: der Besteller hoffte ein Gelände zu erwerben, um darauf ein Haus zu bauen, und das Gelände ist nicht zu haben. In solchem Fall ist es Sache des Unternehmers, dem Besteller eine angemessene Frist zu setzen, mit der Erklärung, daß er den Vertrag nicht zur Realerfüllung bringe, wenn innerhalb der Frist das Hindernis nicht beseitigt wird.

In manchen Fällen aber sind die Gründe der Annahmeunmöglichkeit zugleich auch Gründe der Leistungsunmöglichkeit; so wenn die Wand, an welcher ein Fresko herzustellen ist, zusammen-

[1] Vgl. auch Emerich, Kauf- und Werklieferungsvertrag (1899) S. 70 f.

[2] Die Ausdrucksweise, der Besteller könne kündigen, beruht, wie oben S. 88 f. gezeigt, auf verkehrter Anschauung. Die Bestimmung entspricht dem a. 1794 Code Napol., dessen Bedeutung ich zuerst in den Jahrb. f. Dogm. 17 S. 370 dargelegt habe.

fällt, oder der Boden für den Eisenbahnbau durch einen Erdrutsch untauglich wird, oder die Fabrik, in welcher chemische Versuche gemacht werden sollen, mit allen Apparaten abbrennt. In einem solchen Falle ist die Annahmeunmöglichkeit nicht vollständig auf die Rechnung des Bestellers zu setzen: er hat hier dem Unternehmer nicht die volle Vergütung zu entrichten, sondern ihm nach dem Verhältnis dessen zu zahlen, was er bis jetzt geleistet hat. Hat also beispielsweise der Maler die Hälfte der Fresken geliefert und bricht dann die Wand zusammen, so ist ihm ein dem bisher Geschaffenen entsprechendes Honorar zu entrichten, §§ 643 ff. BGB.

Ein Werkskauf ist auch das Geschäft, kraft dessen eine elektrische Anstalt sich verpflichtet, jemandem in bestimmtem Umfange Elektrizität zu liefern; denn die Elektrizität ist, wie oben S. 71 bemerkt, ein Gegenstand, welcher geliefert und daraum verkauft werden kann. Daraus ergibt sich folgendes: wenn aus irgendeinem Grunde keine Elektrizität hergestellt wird oder sie nicht bis zu den Abnehmern gelangt, so ist eine Gegenleistung nicht zu entrichten; auf der anderen Seite ist die Vergütung auch dann zu bezahlen, wenn der Abnehmer nicht in der Lage ist, die zu ihm gelangte Elektrizität anzunehmen und zu benutzen. Allerdings wird meist in der Art kontrahiert, daß der Abnehmer nur so viel Elektrizität vergüten muß, als er wirklich abnimmt; allein es kommen Fälle vor, wo der Kunde unter allen Umständen ein Mindestmaß zu vergüten hat.

Der Werkskauf ist hier ein Werkskauf über ein nicht momentan abzulieferndes, sondern kontinuierlich zu leistendes Werk. Daraus ergibt sich: 1. wird die periodisch zu zahlende Vergütung nicht geleistet, so kann das Elektrizitätswerk die weitere Leistung zurückhalten, 2. wird die Leistung unterbrochen, so hat das Elektrizitätswerk für die Wiederherstellung zu sorgen.

Daher hat der Werkvertrag hier zugleich die Natur eines Pachtvertrages: man kann die gesamte Elektrizitätsleistung als e i n Gut zusammenfassen, dessen Gebrauch dem Benutzer als Pächter gestattet wird. Daher können auch sonstige Bestimmungen des Pachtvertrages, wie die über Kündigung, über die Haftung, über die Anzeigepflicht herangezogen werden.

Eigenartig ist, daß der Elektrizitätsvertrag mit einem bestimmten Hauseigentümer und mit bestimmten Mietern abgeschlossen wird, aber in der Art, daß, wenn das Eigentum des Hauses übergeht, oder die Mieter wechseln, der Vertrag sich auf die ausscheidenden Personen nicht weiter bezieht, sondern auf die nachfolgenden Eigentümer und Mieter übergeht, wenn auch mit dem Rechte der Kündigung; denn jeder, der für Wohn- oder Hausbedarf Elektrizität bezieht, der bezieht sie für die in seine Wohnung geleitete Einrichtung, und nur unter der Voraussetzung, daß er wohnt und wohnen bleibt; wer aber neu eintritt und die Leitung sieht, hat Grund, sich darüber zu erkundigen und daraufhin die entsprechende Erklärung zu geben. Für Telephonverbindungen gilt dies nicht in gleicher Weise.

Wenn die zur Lieferung verpflichtete Elektrizitätsgesellschaft sich weigert, so ist eine Vollstreckung in der Art möglich, daß dem Abnehmer von Gerichts halber gestattet wird, die Elektrizität auf Kosten des verpflichteten Werkes von anderer Seite zu beziehen, § 883 ZPO.

c) Austauschgeschäfte über Werte.

D a r l e h e n.

§ 78. Wer Werte in Gestalt von Geld oder anderen vertretbaren Sachen weggibt, um dieselben Werte zurückzuerlangen, schließt ein Darlehen ab. Hier ist die Verzeitung wesentlich: die Rückzahlung muß nach einiger Zeit erfolgen, denn eine Zahlung und gleichzeitige Rückzahlung ist ein scheinhaftes, kein wirkliches Darlehensgeschäft [1].

Wird für die zeitliche Überlassung ein Zeitlohn (Zins) gewährt, dann hat das Darlehen eine gewisse (aber auch nur eine gewisse) Ähnlichkeit mit dem Mietsvertrag.

Das Darlehen ist als Real- und als Konsensualvertrag (V e r e i n b a r u n g s d a r l e h e n) möglich; letzteres liegt vor, wenn der Darleiher die künftige Geldhingabe, der andere Teil die Verzinsung und seinerzeitige Rückzahlung verspricht [2].

[1] Vgl. meinen Aufsatz: „Geben und Wiedergeben" im Archiv f. ziv. Praxis **98** S. 347.

[2] Daß in solchem Falle bloß ein pactum de mutuo dando vorliege, ist altmodische Scholastik; vgl. Gesammelte Abhandl. S. 44 f., Lehrbuch II S. 337; 12 Studien II S. 103. Vgl. auch H o h e n-

Ein Realdarlehen ist auch möglich, indem der Darleiher dem Kreditnehmer den Wert auf einem Umwege zuwendet, z. B. indem er seinen Schuldner anweist, dem Kreditnehmer die Summe auszuzahlen; ja selbst wenn es der Kreditnehmer ist, der Geld schuldet, kann dieses geschuldete Geld als zugewendeter Wert betrachtet und seine Belassung bei ihm als Wertzuwendung betrachtet werden und so das Substrat eines Darlehens bilden: A. schuldet dem B. 1000, beide kommen überein, daß A. die 1000 von nun an als Darlehen haben soll (Rückstandsdarlehen). Aber man darf durchaus nicht etwa jede Stundung einer Schuld als Umwandlung der Schuld in ein Darlehen betrachten, namentlich dann nicht, wenn die Eigenarten der alten Schuld (ihre Zahlungsbedingungen, ihre Garantien usw.) bestehen bleiben [1].

d) Austauschgeschäfte über das Risiko.

§ 79. Das Risiko als Gegenstand des Austausches kann speziell geschaffen werden, um entweder die Nerven zu spannen und der Gewinnsucht zu dienen (Spiel), oder um eine rechthaberische Behauptung zu steigern (Wette) [2]. Diese Geschäfte genießen keinen Rechtsschutz [3], auch dann nicht, wenn sie nicht gegen polizeiliches Gebot verstoßen; nur das Geleistete bleibt geleistet, § 762 f. Inwiefern Börsengeschäfte dem Spiel dienen können, und über den viel besprochenen Differenzeinwand ist im Börsenrecht zu handeln. (§ 764 BGB.). Vgl. unten III S. 216.

Ganz anderer Art sind die Geschäfte über ein vorhandenes Risiko und mit der Absicht, dieses Risiko zu begleichen (Versicherungsgeschäft). Sie werden unten speziell dargestellt werden.

Zweites Buch.

Güterzusammenlegung (Gesellschaft).

§ 80. Während die übrigen Geschäfte hauptsächlich dem menschlichen Individualismus zu dienen haben, wenn auch, wie der Dienstvertrag, mit sozialpolitischer Färbung, so handelt es sich bei der Gesellschaft darum, daß sich Menschenkräfte, und zwar geistige wie wirtschaftliche, zu einer Gesamtbetätigung vereinigen, so daß eine Gesamtwirkung entsteht, und die menschliche Kraft in der Gesamtheit gesteigert zutage tritt; denn es gehört zum Wesen der Kultur, daß auf der einen Seite das Einzelwesen zur möglichsten Entfaltung seiner Anlagen gelangt, und daß auf der anderen Seite aber wieder, ohne daß das Einzelwesen zerstört wird, die Kräfte der einzelnen sich zu einem Gesamtergebnis vereinigen. Diesem Zwecke nun soll die Gesellschaft dienen [4]. Es ist darum ein wesentliches Erfordernis der Kultur, die Gesellschaftsformen möglichst frei und ausgiebig zu bilden. Ihre hauptsächlichste Ausgestaltung erfolgt im Handelsrecht und kann hier nicht weiter dargelegt werden. Wie auf der einen Seite die offene Handelsgesellschaft und Aktiengesellschaft, so sind auf der anderen Seite die Genossenschaft, das Kartell und der Trust nichts als Ausflüsse des Gedankens, mit Vereinigung der Kräfte Ziele zu erreichen, die dem Einzelwesen fern stünden, und Gefahren zu beschwören, die die Einzelwirtschaft treffen würden, wenn nicht eine Organisation Abhilfe brächte. Aber auch die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts hat ihre wichtigen Zwecke, die nur in gemeinsamem Zusammenwirken erreicht werden können [5].

stein, Darlehenslehre des BGB., S. 70 f., Höniger, Arch. f. b. R. XXXIII S. 278, Böhmer ebenda XXXVIII S. 314.

[1] Vgl. auch Klemperer in Gruchot 43 S. 567.

[2] Über die Wette in Gestalt einer Pseudoauslobung vgl. Zwölf Studien II S. 44 und Elster, Arch. f. b. R. XXVI S. 46 f.

[3] So in italienischen Statuten, z. B. Castellarquato 1445 III 46: Contractus non valeat ipso jure; Casale, Monum. hist. patr. I p. 945: non debeant de aliquo ludo alicui justitiam reddere, Florentiner Stadtrecht 1322/25 (Kohler und Azzi) S. 10 de ludis vetitis. Bürgschaft, Pfand, Hingabe an Zahlungsstatt für ein Spiel sind nichtig; RG. 25. April 1900, 18. Juni 1902, RG. 47 S. 48; 52 S. 39.

[4] Vgl. Einführung in die Rechtswissenschaft 4. Aufl. S. 75, Lehrbuch II S. 394 f.

[5] Wie, wenn nur einer eine Einlage macht, beide aber am Gewinn teilnehmen? Hier schleicht sich eine Schenkung in die Form des Gesellschaftsvertrages ein. Ebenso kann sich die Beziehung in der Art gestalten, daß der eine Gegenstands-, der andere Dienst-, der dritte Werkleistungen macht,

Damit eine solche Gestaltung segensreich sei, ist vor allem erforderlich, daß das Gesellschaftsvermögen von dem Vermögen der einzelnen Gesellschafter abgeschieden und gegenüber den Schicksalen dieses unabhängig gestellt ist; denn ein Gesellschaftsvermögen, das auf Schritt und Tritt durch Verfügung und Geschicke der einzelnen berührt wird, ist nicht in der Lage, dem Ziel der Gesellschaft fest und unverrückt entgegenzusteuern. Das römische Recht hat dem Erfordernis nur unvollkommen entsprochen. Am vollkommensten hat man es durch Schöpfung juristischer Personen zu erfüllen gewußt, indem man das Gesellschaftsvermögen als das Vermögen einer besonderen Persönlichkeit darstellte und so die Gesellschaft durch Erhebung zur Eigenperson den einzelnen Mitgliedern gegenüber verselbständigte. Im Handelsrecht ist dies durchgreifend geschehen, insbesondere auch bei der offenen Handelsgesellschaft; denn die Lehre, daß sie keine juristische Persönlichkeit sei, führt zu den größten Unebenheiten in der Konstruktion [1]. Wo aber keine juristische Person anzunehmen ist, hatte das römische Recht nur ein Sachmiteigentum nach festen Bruchteilen konstruiert, und auch die Pandektenwissenschaft ist nicht weit darüber hinausgekommen. Unsere wesentliche Neuerung in der Konstruktion besteht darin, daß ein Miteigentum besonderer Art gebildet wird, nicht zu festen Bruchteilen, sondern mit wechselnder Beteiligung, das folgeweise nicht in der Lage ist, mit dem sonstigen Vermögen des Gesellschafters in Berührung zu bleiben; denn was auf solche Weise sich wandelt und wechselt, kann nicht jeden Augenblick aus dem Wandel herausgenommen werden und zum Teil des Privatvermögens erstarren. Dazu kommt noch, daß die Beteiligung am Gesellschaftsvermögen nicht Beteiligung an den einzelnen Gegenständen, sondern Beteiligung an der Gesamtheit eines Vermögens ist, so daß also, selbst wenn man von dieser Wandelbarkeit absehen möchte, durchaus nicht gesagt werden könnte, welchen Anteil ein jeder Gesellschafter in jedem Augenblick an jedem einzelnen Stücke hat. Es ist also ein variables Vermögensmiteigentum im Sinne von oben S. 56 und zugleich ein gefesseltes Vermögensmiteigentum, weil an die Person des Gesellschafters geknüpft, die nicht beliebig wechseln kann. Ein derartiges Gesamthandgut hat das BGB. angenommen; es nennt das in dieser Gemeinschaft stehende Vermögen Gesellschaftsvermögen (§ 718 BGB.); und zwar ist als Gesellschaftsvermögen aufzufassen: 1. was die Gesellschafter einbringen, ja, auch schon die Ansprüche auf das Einbringen; sodann 2. dasjenige, was durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworben wird.

Eine zweite wesentliche Bedingung für die richtige Gestaltung des Gesellschaftswesens ist, daß geistige und materielle Leistungen beide zu ihren Rechten kommen. Nicht das Vermögen allein soll gelten, sondern auch dasjenige, was einer der Gesellschafter durch seine Tätigkeit der Gesellschaft nützt. Daher auch der richtige Grundsatz, daß im Zweifel die Gewinnanteile gleich sind, so daß derjenige, der nichts an Vermögen, aber etwas an Arbeit beigebracht hat, doch im Zweifel so viel an Gewinn bekommt wie derjenige, von dem das Vermögen herrührt (§ 722). Es läßt sich nur fragen, ob man nicht noch zu etwas Weiterem gelangen könnte, nämlich, daß man das Arbeitsgut kapitalisierte und ebenfalls als eingebrachtes Gut behandelte, so daß bei der Auseinandersetzung der Gesellschaft dem Kapitalisten das eingebrachte Vermögen und dem Arbeiter das Arbeitskapital zurückgegeben wird, worauf dann erst eine Teilung des Gewinnes erfolgt. Das BGB. ist zu diesem Schritte noch nicht gelangt: das Arbeitskapital wird nicht berücksichtigt, der Arbeiter bekommt nur seinen Anteil am Gewinn, während der Vermögenseinbringer die Einlage zurückerhält und außerdem den Gewinnanteil (§§ 733, 734 BGB.). Diese Gestaltung schreit nach Vervollkommnung.

Die Lösung des Gesellschaftsverhältnisses geschieht im allgemeinen nach den Grundsätzen, die schon das römische Recht aufgestellt hatte. Es handelt sich insbesondere darum, daß auf der einen Seite der höchstpersönliche Charakter der Gesellschaft in Rücksicht kommt, weshalb sie regelmäßig durch den Tod eines Gesellschafters erlischt, und daß auf der anderen Seite doch ein

Lehrbuch II S. 229. Auch kann die Gesellschaft dem einen Gesellschafter Unterkunft gewähren, ihm ein Darlehen geben, ihn zu einer Reise veranlassen. Hier ist, wie bei gemischten Verträgen, überhaupt die Eigenart jeder Vertragsbeziehung (Dienst-Werk-Auftragsvertrag) soweit tunlich zur Geltung zu bringen, wie wenn die einzelne Vertragsbeziehung den ganzen Vertrag darstellte. So bei der obigen „schenkungsweisen Sozietät" (vgl. S. 108), und so in den übrigen Fällen. Vgl. Höniger, Gemischte Verträge (1910) S. 348 f., 392 f., und Schreiber in Jahrb. f. Dogm. **60** S. 111 f.

[1] Zeitschrift f. Handelsrecht **74** S. 456, Arch. f. bürgerl. Recht XL S. 229 f.

gewisser Zwang herrscht, so daß die Gesellschafter empfinden, daß das Bestehen des Verhältnisses nicht in ihre bloßes Belieben gestellt ist. Daher kann die Gesellschaft auf eine bestimmte Dauer gestellt werden, aber doch so, daß aus triftigen Gründen ein jeder vorher die Lösung verlangen kann (§ 723 f. BGB.).

Die Schulden, die für die Gesellschaft eingegangen werden, werden für die Gesellschafter eingegangen: die Gesellschafter haften daher gesamtschuldnerisch nach § 427. Ein neu eintretender Gesellschafter haftet aber nicht für die früher eingegangenen Schulden, denn der Schuldvertrag war s. Z. im Namen der damals vorhandenen Gesellschafter abgeschlossen worden; nur insofern ist auch er beteiligt, als jeder Gesellschafter sich gefallen lassen muß, daß für Gesellschaftsschulden das ganze Gesellschaftsvermögen und daher auch sein Anteil gepfändet und verwertet wird, § 736 ZPO.

Drittes Buch.

Die Schuld an sich (abstrakter Vertrag).

§ 81. Den abstrakten Vertrag hat das BGB. dem gemeinen Rechte entnommen und in der Art richtig umgestaltet, daß es eine schriftliche Abfassung des Vertragsversprechens verlangt. Schon im justinianischen Rechte ist die Stipulation schriftlich geworden, und sie ging in das gemeine Recht in der Art über, daß in die schriftlichen Verträge eine Stipulationsklausel aufgenommen wurde, die noch jahrhundertelang, noch im 14., ja 15. Jahrhundert im Gebrauch war [1]. Ist die Stipulationsklausel abgestreift, dann bleibt das schriftliche Versprechen übrig. So auch §§ 780—782 BGB.

Man hat neuerdings in sehr beachtenswerter Weise die Realität des abstrakten Versprechens bekämpft und ihm die Daseinsberechtigung abgestritten, wenigstens auf so lange, als nicht zugleich das Gläubigerrecht durch den Erwerb eines gutgläubigen Dritten von der Person des ursprünglichen Gläubigers abgelöst sei [2]. Es ist zuzugeben, daß schon das römische Recht eine Hauptbedeutung des abstrakten Vertrags dadurch aufgegeben hat, daß es eine exceptio doli gab, so daß durch eine Hintertür alle die materiellen Wenn und Abers, welche durch den abstrakten Vertrag abgestreift sein sollten, wieder hereingebracht wurden. Und dadurch, daß bei der Forderungsabtretung der neue Gläubiger, auch der gutgläubige, sich alle Einreden aus der Person des Abtretenden gefallen lassen muß, ist ein guter Teil der Vorteile des abstrakten Vertrages wieder verloren gegangen. Erst durch das Wechsel- und Orderinstitut, wodurch der gutgläubige Erwerber unabhängig gestellt wird von allen rechtlichen Mängeln, die dem Geschäfte ankleben, ist die Idee zum vollen Ausdruck gekommen; denn der Zweck des abstrakten Versprechens ist doch hauptsächlich der, aus dem Versprechen einen Verkehrsgegenstand zu machen, der wie eine Sache von Hand zu Hand geht, so daß der Erwerber auf den Vermögenswert fest vertrauen kann.

Trotzdem hiernach der abstrakte Vertrag nur unvollkommen seinem Zwecke dient, ist er keine unnötige Schöpfung; denn es ist schon eine Erleichterung der Klageerhebung, daß man sich bloß auf den abstrakten Vertrag zu berufen braucht und es dem Gegner überlassen muß, das gesamte Geschütz der Einreden zu entladen; sodann gibt es auch im bürgerlichen Recht Fälle, wo die exceptio doli zurücktritt. Ein solcher Fall ist in der Annahme der Anweisung gegeben: mit der Anweisung hat man auch im bürgerlichen Recht die Möglichkeit, alle vorhandenen wirtschaftlichen Mängel dem Bereiche des abstrakten Vertrages zu entziehen, so daß von der exceptio doli keine Rede ist und der Erwerber rein dem abstrakten Versprechen gegenübertritt. Bei der Anweisung gibt der Anweisende dem Angewiesenen die Befugnis, an den sog. Anweisungsempfänger zu zahlen; und erfolgt die Anweisung schriftlich [3], so kann der An-

[1] Man vgl. über die Entwicklung Voltelini, Acta Tirolens. II p. XLVIII f. Vgl. auch Urk. Verona v. 1174 (Arch. Veneto IX p. 102): stipulatione interposita promiserunt; ferner meine Beitr. z. germ. Privatrechtsgesch. I S. 25 f. In Vicentiner Urkunden des 14. und 15. Jahrhunderts heißt es regelmäßig stipulati sunt oder solemni stipulatione interposita u. a. Vgl. die von mir veröffentlichten Urkunden in der Festschrift für Gierke S. 287 f.

[2] Neubecker, Arch. f. bürgerl. R. XXII S. 34 f.; treffendes bei Brütt, Die abstrakte Forderung (1908) S. 47.

[3] Verbriefte Anweisung, Lehrbuch II S. 64.

weisungsempfänger die Urkunde dem Angewiesenen (z. B. der Bank) zum Akzepte vorlegen und dieser kann sie durch schriftlichen Vermerk annehmen; in dieser Annahme aber liegt ein abstrakter Vertrag: im römischen Rechte erfolgte er durch Stipulation, bei uns durch schriftliche Erklärung. Dieser abstrakte Vertrag aber ist unabhängig von allen wirtschaftlichen Umständen, welche ihn veranlassen; möglicherweise hat der Angewiesene nur angenommen, mit Rücksicht auf ein vermeintliches Schuldverhältnis, in dem er zum Anweisenden stand, und hat sich darin geirrt; auch das Verhältnis zwischen Anweisungsempfänger und Anweisenden kann ein bloß vermeintliches sein, indem der Anweisende glaubt, ihm etwas schuldig zu sein, ohne ihm zu schulden, oder indem er ihm schenken will, obgleich vielleicht die Schenkung verboten ist. Alle diese Umstände kommen bei dem abstrakten Vertrag zwischen dem Angewiesenen und dem Anweisungsempfänger nicht in Betracht; denn wenn der Angewiesene sich irrt gegenüber dem Anweisenden, so ist das ein Verhältnis, das zwischen beiden allein abzumachen ist; wenn umgekehrt der Anweisende sich irrt in bezug auf den Anweisungsempfänger, so ist das ebenfalls ein zwischen ihnen allein auszutragender Umstand. Mithin ist der abstrakte Vertrag zwischen dem Angewiesenen und dem Anweisungsempfänger von allen diesen Mängeln unabhängig, und so haben wir auch im bürgerlichen Recht den Fall, daß die wirtschaftlichen Wenn und Abers, die sich an ein Geschäft knüpfen, durch den abstrakten Vertrag völlig beiseite geschoben werden und der Anweisungsempfänger mit dem Augenblick, wo der Angewiesene die Anweisung annimmt, einen sicheren Vermögenswert erwirbt. So §§ 783 ff. BGB.

Im übrigen befreit die Anweisungsannahme den anweisenden Schuldner nicht von seiner Schuldpflicht, sondern erst die daraufhin erfolgte Zahlung: assignatio non est solutio [1].

Wohl aber hat die Anweisungsannahme die Wirkung, daß nunmehr der Anweisende die Anweisung nicht mehr zu widerrufen vermag, denn der Angewiesene ist in ein festes Verhältnis getreten, das er nicht mehr zurücknehmen kann, § 790 BGB.

§ 82. Auch die Bürgschaft hat insofern einen abstrakten Charakter [2], als bei ihr der Schuldgrund, der den Bürgen veranlaßt, die oft schwer auf ihm lastende Garantie zu übernehmen, dem Gläubiger gegenüber nicht zutage tritt. Er kann es tun, um die Forderung schließlich selbst zu übernehmen; er tut es aber meistens, um durch die Sicherung des Schuldners diesem eine Wohltat zu erweisen, die aber nicht über die Sicherung hinausgeht, so daß er den Rückgriff gegen ihn behält. Es können aber auch noch besondere Geschäftsverhältnisse walten; so namentlich bei der Handelsbürgschaft, indem der Bürge für die Bürgschaftsübernahme einen Gegenwert erhält, wie in den vielen Fällen des Delcrederegeschäfts. Dieses Verhältnis zwischen Bürgen und Schuldner bleibt dem Gläubiger fremd: gegenüber dem Gläubiger übernimmt der Bürge eine von seinem Verhältnis zum Hauptschuldner abgelöste Schuld, und insofern ist die Bürgschaftsübernahme etwas Abstraktes. Darum kann der Bürge dem Gläubiger keine Einrede aus seinem Verhältnis zum Schuldner entgegenhalten; er muß also beispielsweise dem Gläubiger haften, wenn er auch die Bürgschaft in der Annahme geleistet hat, daß er von dem Schuldner einen Gegenwert erhalten habe oder beanspruchen könne, und er sich dabei irrt.

Daher ist jede Art der abstrakten Verpflichtung fähig, eine Form für die Bürgschaft zu bilden, so insbesondere auch die Ausstellung eines Wechsels und die wechselrechtliche Unterschrift. Im übrigen verlangt das BGB. jedenfalls die eine Form, nämlich schriftliche Abgabe des Bürgschaftsversprechens, — eine Bestimmung, die aber für die Handelsbürgschaft nicht gilt; vgl. §§ 766 BGB. und 350 HGB. [3].

Die Bürgschaft kann nicht nur durch Vertrag entstehen, sondern auch als Veranlassungsbürgschaft durch Veranlassung [4], indem man auf sein Risiko hin Jemanden bestimmt, einem Dritten Kredit zu geben. Hier kann natürlich der Veranlasser so lange zurück-

[1] Lehrbuch II S. 64 und vgl. oben S. 103.

[2] Lehrbuch II S. 415.

[3] Diese Form muß auch für den Vertrag gelten, durch welchen jemand dem A. verspricht, ihm bei B. zu bürgen; sonst könnte der Zweck des Gesetzes, daß die Bürgschaft mit Kautelen umgeben sein soll, einfach umgangen werden.

[4] Da hier kein Vertrag vorliegt, so gilt die Formvorschrift des § 766 nicht, Lehrbuch II S. 425.

treten, als der Gläubiger noch nicht entsprechenden Kredit gegeben hat; hat er Kredit gegeben, dann haftet der Bürge als gewöhnlicher Bürge (§ 788 BGB.).

In manchen Fällen ist die Bürgschaft nur die nachträgliche Abschwächung einer prinzipalen Haftung, sog. Abschwächungsbürgschaft, so in §§ 571, 1251[1]. Vgl. oben S. 110.

Der Bürge ist nicht Gesamtschuldner mit dem Hauptschuldner; er übernimmt nicht dieselbe Schuld, sondern er übernimmt die Gewähr für den Schuldner; er haftet also auch für dessen Verzögerung und Verschuldung, und die Befreiung des Schuldners befreit auch ihn, §§ 768, 769 BGB. Mehrere Bürgen dagegen haften unter sich als Gesamtschuldner, § 769.

Hat der Bürge geleistet, so hat er den Rückgriff gegen den Hauptschuldner und zwar einmal kraft der Bürgschaft als solcher, sodann kraft Eintritts in das Recht des Gläubigers, § 774, was für die Verjährung bedeutungsvoll ist (S. 96).[2] Mehrere Mitbürgen haben gegenseitig den gewöhnlichen Gesamtschuldnerregreß[3].

Das gemeine Recht kannte verschiedene Rechtswohltaten des Bürgen. Davon hat das BGB. das Recht der Teilung (beneficium divisionis) gestrichen (S. 95), dagegen das etwas schwachmütige Recht der Vorausklage, diese Ausgeburt byzantinischer Verkehrtheit, dieses Scheinmittel, das meist nur zu Verzögerungen und Vertröstungen führt, übernommen (beneficium excussionis). Der Bürge kann also bei uns regelrecht verlangen, daß der Gläubiger zuerst durch Vollstreckung gegen den Hauptschuldner Deckung suche[4]. Der Handel hat sich mit Recht dagegen gesträubt und gibt für die Handelsbürgschaft die Vorausklage nicht (§§ 771 BGB., 349 HGB.). Dem englischen Recht ist sie fremd, das schottische Recht hat sie abgeworfen.

In anderer Beziehung aber zeigt das BGB. einen großen Fortschritt: das gemeine Recht hatte mehr und mehr den Gedanken verfolgt, daß der Gläubiger dem Bürgen gegenüber verpflichtet sei, den Hauptschuldner zu drängen und zu drücken, so daß, wenn er gegen diesen nachsichtig sei, der Bürge sich von seiner Verpflichtung freisagen könne; er könne also vom Gläubiger verlangen, daß er innerhalb einer bestimmten Zeit gegen den Schuldner auftrete. Diesen ganzen Gedanken hat das moderne Recht verworfen: der Gläubiger will gerade durch die Bürgschaft die Möglichkeit gewinnen, mild und schonend gegen den Schuldner zu bleiben, er will sich dadurch von all den Schwierigkeiten und Mißlichkeiten befreien, welche die Prozeßführung mit einem zweifelhaften Schuldner herbeiführt; die Bürgschaft soll ihm einen beruhigten Stand seines Schuldrechtes gewähren: dazu paßt alles dies nicht[5], und der ganze Gedankengang früherer Zeit beruht auf einer falschen Billigkeitserwägung gegenüber dem Bürgen. Dem Bürgen selber ist heutzutage in anderer Weise geholfen; der Bürge hat, schon bevor er zahlt, das Recht, gegen den Schuldner vorzugehen, sobald dessen Lage sich wesentlich verschlechtert hat, und insbesondere auch dann, wenn der Schuldner mit der Erfüllung in Verzug kommt; mindestens kann der Bürge dies dann tun, wenn er nicht gegen den Willen des Schuldners gebürgt, sondern dem Schuldner durch die Bürgschaft einen Dienst erwiesen hat: dann kann er von dem Schuldner verlangen, daß dieser ihn nicht „sitzen läßt", sondern ihm Befreiung oder wenigstens Sicherung bietet. Hierdurch ist dem Bedürfnis des Instituts am besten entsprochen; dies ist die Aushilfe des § 775 BGB., sie findet sich bereits im fr. 38 § 1 mand. (17, 1) (Marcellus) und ist im französischen Recht weiter ausgebildet worden (Art. 2032 C. civ.)[6]. Anders ist es natürlich, wenn der Gläubiger den

[1] Lehrbuch II S. 424.

[2] Vgl. Koban, Regreß des Bürgen (1904) S. 14 f., 40 f. Wichtig ist diese Doppelstellung auch, wenn der Schuldner gegen den Gläubiger aufrechnen kann, RG. 17. Okt. 1904 Entsch. 59 S. 207.

[3] Hat A. gebürgt und hat B. für den Schuldner ein Pfand bestellt, so ergibt sich die Ausgleichung in ähnlicher Weise; hat aber der Schuldner selbst ein Pfand bestellt, so kann der Bürge darauf seinen Rückgriff nehmen ohne weitere Ausgleichung, denn die Pfandhaftung steht hier der Haftung des Schuldners gleich; vgl. Schulz, Rückgriff und Weitergriff S. 65 f.

[4] Auch italienische Statuten hatten es angenommen, z. B. Parma (1493) II (Ed. 1590 p. 75).

[5] Auch eine Benachrichtigungspflicht im Falle der Subhastation gegen den Hauptschuldner ist nicht anzunehmen, § 1166 ist nicht analog anzuwenden, vgl. RG. 31. Januar 1907 Entsch. 65 S. 134.

[6] So auch die italienischen Statuten; nach Friaul 1504 V 18 kann der Bürge nach zehn Jahren compellere principalem debitorem, ut se bonaque sua a tali nexu vel obligatione liberet ....; in Ravenna 1590 III 21: statim quod praeteritus erit annus integra die fidejussionis.

Bürgen dadurch positiv schädigt, daß er Rechte aufgibt, auf welche der Bürge beim Regreß zählen konnte: eine solche Verschlechterung der Regreßlage verschafft dem Bürgen eine Einrede; so § 776 BGB. (entsprechend dem Art. 2037 C. civ.)[1].

Viertes Buch.

Schuldschöpfung (Kreation).

§ 83. Das Inhaberpapier kann für andere Zwecke des Rechtes dienen, so z. B. im Aktienrecht, es hat aber seine Hauptbedeutung als Träger von Schuldverhältnissen: Inhaberschuldbrief[2]. Hier entsteht die Schuld nicht durch Vertrag, sondern durch Schuldschöpfung (Kreation), § 794 BGB., d. h. durch Ausstellung des Papiers. Dies zeigt sich praktisch in folgendem: Ist das ausgestellte Inhaberpapier vor der Ausgabe gestohlen worden und in die Hand eines gutgläubigen Erwerbers gekommen, so ist dieser gutgläubige Erwerber zur Forderung berechtigt; er ist berechtigt, obgleich der Aussteller das Papier nicht ausgegeben, nicht unter das Publikum gebracht hat. Wollte man den gutgläubigen Erwerber nur dann berechtigen, wenn der Aussteller das Papier wissentlich in den Verkehr eingeführt hat, dann würde in den Verkehr eine Unsicherheit sondergleichen kommen: der gutgläubige Erwerber wäre zwar dann berechtigt, wenn das Papier ausgegeben und nachträglich gestohlen worden wäre; er wäre aber nicht berechtigt, wenn das Papier vor der Ausgabe weggekommen und so unter das Publikum geraten wäre. Die ganze Sicherung, welche unser Recht in jahrhundertelangem Ringen dem gutgläubigen Erwerber geben wollte, wäre dahin. Daß natürlich der Aussteller des Papiers alle Vorsichtsmaßregeln ergreifen und beispielsweise im Papier selber erklären kann, daß die Urkunde erst, wenn sie gewisse Zeichen trägt, vollständig sei, steht damit durchaus nicht im Widerspruch; denn der Erwerber hat von seiner Seite zu prüfen, ob das Papier nach Maßgabe seines Inhalts vollkommen fertig geworden ist, und wenn er die Prüfung unterläßt, dann unterläßt er sie auf seine Gefahr[3]. Im übrigen aber muß er unter allen Umständen berechtigt sein, und wenn man dem Obigen entgegengehalten hat, daß ja auch der Inhaber eines gefälschten Papiers keinen Anspruch erwerbe, mithin die oben angeführte Unsicherheit des Verkehrs doch vorliege, so beruht dies auf einer Verkennung der Verhältnisse: gegen die Fälschung kann sich niemand sichern, und es wäre darum völlig ungerecht und willkürlich, hier den Verlust auf denjenigen zu wälzen, dessen Handschrift gefälscht worden ist; in der Art aber kann sich jedermann sichern, daß er entweder keine Inhaberpapiere ausstellt, oder, wenn er sie ausstellt, daß er sie nicht vorzeitig in den Verkehr kommen läßt. Alles, was hier an Sicherungsmaßnahmen unterbleibt, fällt auf sein Konto; und sollte trotz aller Sicherungsmaßregeln einmal ein Papier verloren gegangen sein, so muß er es auch auf sich nehmen; denn das ist eben eine Gefahr, die jeder laufen muß, der Inhaberpapiere ausstellt.

Daher wird bereits durch das Schreiben des Inhaberpapiers eine Schuldnerschaft begründet, nur daß eben, solange man selbst Eigner des Papiers ist, Gläubiger und Schuldner in einer Person zusammenfallen und die Schuldnerschaft noch nicht zur Realbetätigung kommt. Sobald aber das Papier in andere Hände gelangt, wird die Gläubigerschaft akut, und hierbei kommt es nicht darauf an, ob solches durch den Willen oder ohne den Willen des Schuldners geschehen ist. So die Schuldschöpfungs-(Kreations-)theorie, § 794. Daß dieses Ziel in der geschichtlichen Entwicklung erst allmählich erreicht wurde, ist begreiflich; denn das (unvollkommene) Inhaberpapier hatte ursprünglich eine ganz andere Bedeutung.

Auf solche Weise erklärt sich auch die Erscheinung, daß der Schuldner jedem Inhaber des Papiers haftet, ohne Rücksicht auf die Vorgänge in der Person der früheren Inhaber; der Schuldner hat erklärt, jeder künftige Inhaber soll Gläubiger sein: hört A. auf, Inhaber zu sein, und wird B. Inhaber, so wird eben B. Gläubiger, und er wird es selbständig kraft des Schuldschöpfungs-

[1] Wozu aber nicht gehört, wenn ein solches Recht durch Unterlassung wirkungslos wird, RG. 23. März 1907 Entsch. 65 S. 396.

[2] Lehrbuch II S. 430 f.

[3] Vgl. auch Art. 100 BGB. So müssen namentlich auch die Reichsbanknoten besondere Zeichen haben, um perfekte Noten zu sein.

aktes; er wird es deshalb, weil der Schuldner erklärt hat, jedem künftigen Inhaber gegenüber Schuldner sein zu wollen: er wird nicht Gläubiger, weil er die Forderung des A. erwirbt, sondern er wird Gläubiger, weil er seine eigene Forderung erwirbt kraft der Erklärung, die der Schuldner bei der Ausstellung des Papiers abgegeben hat. Die Vorgänge, welche das ehemalige Schuldverhältnis des A. betreffen, sind für ihn bedeutungslos, § 796 [1].

Die wichtige Frage aber, ob als Inhaber der Eigentümer oder der Besitzer des Papiers zu betrachten ist, hat das BGB. mit Recht dahin beantwortet, daß der Eigentümer oder derjenige, der zur Verwertung des Papiers befugt ist, das Gläubigerrecht hat [2], daß dagegen der Schuldner dem bloßen Besitzer mit Erfolg zahlen darf, § 793. Der bloße Besitzer ist daher ein Leistungsempfänger, ein solutionis causa adjectus, so daß der Schuldner durch Zahlung an ihn in jedem Fall von seiner Verbindlichkeit befreit wird. Der Schuldner ist also berechtigt, an den bloßen Besitzer zu bezahlen, aber nicht verpflichtet; er kann die Zahlung versagen, falls er ihn etwa für einen Dieb oder sonstigen unredlichen Erwerber erachtet. Nur muß dabei die Vermutung des § 1006 in Betracht kommen, wonach der Besitzer, falls nicht besondere Gründe dagegen sprechen, als Eigentümer gilt und die Befugnis hat, im Verkehr als Eigentümer zu gelten.

Der Inhaberschuldbrief ist übertragbar, aber nur übertragbar als Ganzes; nur wenn neben dem Hauptbrief Nebenbriefe ausgestellt werden (Coupons-Zins-Gewinnanteilscheine), können diese selbständig zirkulieren. Daher kann, wer ein Theaterbillett hat, dieses nicht etwa nach dem 3. Akt für die übrigen 2 Akte an einen anderen übertragen, und der Inhaber eines Retourbilletts kann es nicht nach der Hinfahrt einem Dritten für die Rückfahrt überlassen. Leistet die Theaterverwaltung oder die Bahn dem Dritten diesen Rest, so leistet sie ihm etwas, wozu sie nicht verpflichtet ist und kann ihn auf Zahlung belangen [3].

Eine wichtige Steigerung im Rechte der Inhaberpapiere ist die Verselbständigung der Zinsscheine. Die Zinsscheine sollen auf der einen Seite Zinsen darstellen, anderseits sind sie zu selbständigen Verpflichtungen erhoben worden, die unabhängig von der Hauptschuld bestehen, und sogar bestehen können, wenn die Hauptschuld aufgehört hat, eine verzinsliche Schuld zu sein, und zur Rückzahlung offen steht, also wenn das Papier ausgelost ist (§ 803 BGB.); nur daß natürlich in solchem Falle der Zins am Kapital zehrt: wenn also beispielsweise die Hauptschuld ausgelost ist und der Inhaber, weil er es nicht weiß, die Zinsen fort und fort bezieht, so hat er ebensolange vom Kapital gelebt, und wenn die Zinsen den Betrag des Kapitals erreichen, so hat er damit sein Kapital verbraucht. Man wollte eben den Verkehr der Zinsscheine nicht beschränken und es ermöglichen, daß diese sich als Zahlungsmittel ungeschmälert im Verkehr bewegen können (§ 803 BGB.). Auf Gewinnanteilscheine von Aktien bezieht sich die ganze Bestimmung nicht (§ 228 HGB.): diese können ja auch nicht als Zahlungsmittel dienen, wenigstens nicht in die Zukunft hinein, da der Betrag der künftigen Dividenden keine feste Vorausberechnung zuläßt.

Eine weitere Steigerung hat das Recht der Inhaberpapiere dadurch erfahren, daß die „Außerkurssetzung" selbst „außer Kurs gesetzt" worden ist. Sie kann nicht mehr wirksam erfolgen: ein Vermerk des Inhabers, daß das Papier nicht mehr Inhaberpapier sein, und daß die Forderung von nun an dauernd ihm gehören solle, ein Vermerk, der früher namentlich bei Mündel- und Stiftungspapieren ganz allgemein in Übung war, hat keine Bedeutung mehr. Will man das

[1] Vgl. Einführung (4. Aufl.) S. 80, Lehrbuch II S. 438. So auch Saleilles, Théorie générale de l'obligation (1890) nr. 275 f. So auch im Resultat das englische Recht. Man hat entgegengehalten, daß möglicherweise der Schreibende die Urkunde errichtet ohne den Willen, sich zu verpflichten; z. B. Jacobi, Wertpapiere (1901) S. 170 f. Dieser Einwand ist aber völlig verkehrt; eines solchen Willens bedarf es eben nicht; ihn anzunehmen, ist veraltete Doktrin: es genügt der Wille, eine Urkunde auszustellen, welche nach Art des Inhaberpapiers im Verkehr zirkulieren kann. Vgl. auch Langen, Arch. f. b. R. XXVII S. 178 f.

[2] Der Eigentümer; sollte jemand durch Verarbeitung, z. B. durch Zeichnung, die er aufs Papier setzte, Eigentümer geworden sein oder das Papier als Autogramm erworben haben, so könnte ihm, wenn er das Papier als Forderungsträger geltend machen wollte, der Schuldner eine Arglisteinrede entgegenhalten; abgesehen davon, daß der frühere Eigentümer von ihm die Rückgabe des Papiers verlangen und auch von ihm begehren kann, daß er es nicht gebraucht.

[3] Dieser so klare Sachverhalt ist seinerzeit von Ihering gründlich verkannt worden: der Gedanke des Inhaberpapiers wird verzerrt, wenn man das Papier in 20 oder 30 Partikel mit jeweils besonderen Inhabern zerreißt. Wie könnte dies der leitende Verkehrsgedanke sein!

Papier zum Namenpapier machen, so kann es nur dadurch geschehen, daß der Schuldner es umändert, wozu er aber (regelmäßig) nicht verpflichtet ist. Ja, selbst die Außerkurssetzungen aus früherer Zeit haben ihre Kraft verloren (§ 806, Art. 176, aber auch Art. 101 BGB.).

Das Institut der Brieftötung, welches man recht kraftlos als Kraftloserklärung der Urkunde bezeichnet, ist geblieben: zerstörte oder abhanden gekommene Urkunden können aufgeboten werden mit der Bestimmung, daß, wenn innerhalb einer bestimmten Zeit sich niemand meldet, die etwa noch vorhandenen Exemplare als nichtig erklärt werden. Es ist dies ein unentbehrliches Mittel, namentlich in Fällen von Raub und Diebstahl. Ist allerdings das Papier an einen gutgläubigen Erwerber gelangt, dann ist gegen diesen nichts weiter auszurichten (§§ 799, 935 BGB., §§ 1003 ff. ZPO.). Da aber der Dieb selbst sich schwerlich melden wird und der Übergang an einen gutgläubigen Erwerber seine Schwierigkeit hat (Banken haben darauf zu achten, daß sie keine aufgebotenen Nummern ankaufen, § 366 BGB.), so hat der Bestohlene große Aussicht, schadlos zu bleiben. Nach erfolgter Kraftlosigkeitserklärung hat der Schuldner eine neue Urkunde auszustellen, § 800 BGB.

§ 84. Dem Inhaberschuldbriefe sind äußerlich ähnlich 1. die Empfangsbriefe (z. B. Garderobenmarke), welche lediglich die Funktion haben, den Schuldner zu entlasten: er soll durch Leistung an den Inhaber eines solchen Briefes befreit werden; dahin gehören auch die Sparkassenbücher und die auf Inhaber gestellten Versicherungsscheine, § 808 BGB., § 4 des Versicherungsvertragsgesetzes vom 30. Mai 1905; 2. die Ausweisbriefe (bei elektrischen Bahnen), welche nur für die polizeiliche Ausweispflicht bestimmt und zivilrechtlich bedeutungslos sind [1].

II. Neutrale Akte.

Menschenhilfe [2].

§ 85. Die Rechtsordnung muß auch den Fall berücksichtigen, wenn jemand durch seine Leistung die Interessen anderer befriedigt. Hier können verschiedene Erscheinungen vorkommen: der Vorteil für den anderen kann ein nicht gewollter sein, indem der Leistende im eigenen Interesse handeln will und ohne sein Wollen das Interesse des anderen fördert; das ist der Fall, wenn jemand Aufwendungen auf eine fremde Sache macht, die er für seine eigene hält. In einem solchen Fall ist der Aufwendende nicht ohne Ersatzanspruch, jedoch ist der Ersatzanspruch ein beschränkter: das römische Recht gab ihm nur ein Rückbehaltungsrecht; wir gewähren ihm auch ein Forderungsrecht, aber in der Abschwächung, daß, wer auf solche Weise bereichert ist, sich durch Rückgabe der Sache, auf welche die Aufwendung gemacht wurde, befreien kann (vgl. § 1001 BGB.); jedenfalls haftet in einem solchen Falle der Bereicherte nicht über den Betrag der Bereicherung hinaus (§§ 687, 684, 812, 818 BGB.). Ganz anders, wenn jemand nicht im eigenen Interesse, sondern im Interesse des anderen gehandelt und dessen Wohl absichtlich gefördert hat. In einem solchen Falle erklärt unsere Rechtsordnung, daß ihm ein Ersatzanspruch zusteht, vorausgesetzt, daß eine solche Einmischung in fremde Angelegenheit durch die objektive Sachlage gerechtfertigt und nicht durch einen rechtsgültigen Willen des Geschäftsherrn abgelehnt worden ist (§§ 683, 678, 670 BGB.): sog. Geschäftsführung, negotiorum gestio [3]; hier kann der Aufwendende Ersatz aller Aufwendungen verlangen, die er nach den Umständen des Falles für erforderlich erachten durfte, von denen er also angenommen hat und ohne Fahrlässigkeit annehmen konnte, daß sie sachdienlich seien [4]; und er kann dies auch dann verlangen,

[1] Lehrbuch II S. 443.
[2] Lehrbuch II S. 445 f.
[3] Vgl. auch Brückmann, Die Übernahme bei der auftragslosen Geschäftsführung, S. 14.
[4] So auch bei Rettung eines Selbstmörders: der Retter erfüllt eine sittliche Pflicht, gegen die sich der Selbstmörder nicht sträuben darf, Lehrbuch II S. 450; vgl. auch Höniger, Arch. f. b. R. XXXV S. 272 f. So auch wer einem anderen in der Lebensgefahr zuspringt, vgl. die hier zitierte (unrichtige) reichsgerichtliche Entscheidung 5. April 1909 JW. 38 S. 311 (der Gefährdete hatte um Hilfe gerufen, dies wurde als unerheblich erachtet, weil — — der Notruf keine Willenserklärung sei! Scholastik über Scholastik!).

wenn nachträglich der Erfolg seiner Tätigkeit vereitelt worden ist; z. B. ein Nachbar hat das Fenster des abwesenden Hausherrn reparieren lassen, um das Haus gegen Wind und Wetter zu sichern; nachträglich, bevor der Hausherr zurückkehrt, brennt das Haus ab: hier ist ein Ersatzanspruch begründet, weil sonst niemand geneigt wäre, für einen abwesenden Nachbarn zu sorgen, und dies wäre zum allgemeinen Schaden und Nachteil.

Möglich ist aber noch der dritte Fall, daß jemand in seinem und dem fremden Interesse zusammen handelt, indem beide Interessen zusammenhängen und die Tätigkeit beiden zugleich dient; so kann bei einer Wassergerechtigkeit sowohl der Eigentümer als auch der Dienstbarkeitsberechtigte, welche beide die Wasserleitung benutzen, an einer Anlage interessiert sein; so auch im Staatsleben: der Staat baut Anstalten, welche zu gleicher Zeit städtische Bedürfnisse befriedigen. In solchem Falle kann der Aufwendende zwar nicht den vollen Ersatz, aber doch eine entsprechende Ausgleichung verlangen. Es treten hier völlig die Grundsätze der Gemeinschaft ein (§ 748 BGB.), ganz ähnlich wie in dem Falle, wenn die beiderseitigen Interessen in einem Miteigentum oder in einem sonstigen gemeinschaftlichen Rechte zutage treten: im Falle des Miteigentums hat jeder Genosse an den Lasten der Sache zu tragen, wie er auch einen entsprechenden Teil am Gewinn hat, §§ 743, 748, und das gleiche gilt in den Fällen ideeller Gemeinschaft.

Davon verschieden ist der vierte Fall, wenn jemand nur in seinem eigenen Interesse handelt und andere durch Verkettung der Umstände indirekt daraus Vorteil ziehen, z. B. es legt jemand einen Park an, wodurch auch die Nachbarhäuser im Werte steigen. Wer das tut, hat kein Recht auf irgendwelche Beteiligung der Umwohner an den Kosten, wie denn auch umgekehrt die Umwohner natürlich nur solange an dem Genusse teilnehmen, als der Parkinhaber den Park beläßt, es ihm aber jederzeit freisteht, den Park aufzugeben und ihn in Bauplätze zu verwandeln. In gleicher Weise hat eine Stadt keinen Anspruch gegen den Staat, wenn sie durch ihre Einrichtungen Bewohner anzieht und sich dadurch die Steuereinnahmen des Staates erhöhen; und ob der Armenverband einen Anspruch wegen seiner Unterstützungen gegen den wohlhabend gewordenen Armen hat, entscheiden die Landesgesetze (Art. 103 EG. z. BGB.). Der Unterschied zwischen dem dritten und vierten Fall ist die Schwierigkeit der Lehre.

Die Menschenhilfstätigkeit kann den Helfer (Geschäftsführer) auch mit der Pflicht belasten, das Geschäft möglichst im Sinne des Herrn zu führen, es auch nicht nach Beginn zum Schaden im Stiche zu lassen, obgleich eine strenge Pflicht der Fortsetzung nicht besteht[1]. Die Haftung für Verschulden ist unter Umständen ermäßigt, §§ 677, 680, 681 f.

III. Ausgleichungs- und Beihilfepflichten[2]).

§ 86. Eine wichtige Errungenschaft des römischen Rechts ist die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, der condictio sine causa. Wer zu Unrecht bereichert worden ist, muß die Bereicherung wieder herausgeben: erst damit ist der Abschluß des Rechts gegeben und das Recht gegen seine eigenen Ungerechtigkeiten geschützt.

In einer Reihe von Fällen führt das Recht selber zu Ungerechtigkeiten und bedarf einer Selbstkorrektur. So 1. in dinglichen Verhältnissen, weil die Rechtsordnung, was die dingliche Gestaltung betrifft, oft gar nicht anders kann, als das Recht des einen oder anderen zu kränken, weil sonst eine gedeihliche Regelung der Verhältnisse durchaus nicht möglich wäre; z. B. wenn durch Einbau oder sonstige Verbindung eine fremde Sache dem bisherigen Eigentümer entzogen wird; wollte man hier den Grundsatz nicht anerkennen: der Bestandteil folgt dem Ganzen, so würde man das ganze dingliche Recht in Unordnung bringen. Das Recht muß also ungerecht sein; aber durch die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung bietet es die entsprechende Korrektur[3].

---

[1] RG. 10. Mai 1906 Entsch. 63 S. 280. Nach gemeinem Recht nahm man eine Fortsetzungspflicht an; eine solche ist aber nur unter Umständen gerechtfertigt.

[2] Vgl. Lehrbuch II S. 453 f.

[3] Was der Ersitzer durch Ersitzung erwirbt, indem der Eigentümer seines Eigentums verlustig geht, ist ein Erwerb im Sinne des Rechts, und daher tritt eine Kondiktion nicht ein, Lehrbuch II S. 458. Dies schließt natürlich nicht aus, daß der Erwerb in bezug auf einen Dritten eine Rechtswidrigkeit enthalten kann, wie z. B. wenn A. dem B. durch nichtiges Geschäft eine fremde Sache gegeben

Ein ähnlicher Fall liegt vor 2. in der Entwicklung des Schuldrechts. Die Rechtsordnung kann gar nicht anders verfahren, als daß sie unter Umständen den Schuldner freigibt, auch wenn er an die unrechte Person gezahlt hat (§§ 851, 1058, 2367 BGB.). In diesem Falle wird der Schuldner befreit, der Empfänger der Zahlung aber wird zu Unrecht bereichert: das Recht bedarf einer Korrektur, § 816 BGB.

Ein 3. Fall der Selbstkorrektur des Rechts ergibt sich aus dem Rechtsverkehr. Die Rechtsbegründungen erfolgen häufig um wirtschaftlicher Zusammenhänge willen; die Rechtsordnung kann aber, ohne vollkommenes Unheil zu erregen, den Erfolg der Rechtsbegründung nicht von dem Eintritt der wirtschaftlichen Zusammenhänge abhängig machen. Tritt daher der Zusammenhang nicht ein, so ist der Rechtserfolg doch eingetreten, aber gegen den Sinn des rechtsbegründenden Geschäfts. So, wenn eine Schuld bezahlt wird; das Hingegebene wird Eigentum: ein bedingter Übergang des Eigentums würde schwere Unsicherheit bringen; das Eigentum geht daher über, auch wenn die Schuld nur eine scheinhafte, eingebildete ist; hier aber zeigt sich das Ergebnis als ein ungerechtfertigtes [1]. Windscheid hat diese Erscheinung durch die Denkform der Voraussetzung zu erklären versucht. Das ist richtig; doch ist die Voraussetzung nur ein anderer Ausdruck dafür, daß die dingliche Hingabe zwar selbständig ist, aber mit einem bestimmten zu erreichenden Zweck in wirtschaftlichem Zusammenhang steht, und zwar kraft des im Verkehr geäußerten Willens. Wo immer im Verkehr ein solcher Zusammenhangswille geäußert wird, und wo trotzdem der dingliche Erfolg unabhängig von dieser Verbindung eintritt, kann man von Voraussetzung sprechen: die Voraussetzung ist nur ein Wort für den hiermit für wesentlich erklärten wirtschaftlichen Zusammenhang, für einen Zusammenhang, welcher Zusammenhang bleibt trotz der sachenrechtlichen Selbständigkeit der Einzeltätigkeit. In gleicher Weise kann etwas hingegeben werden für einen zukünftigen Zweck, so daß der zukünftige Zweck mit dem Hingegebenen in wirtschaftlichem Zusammenhange steht, ohne die dingliche Wirkung der Eigentumsübertragung in Frage zu stellen: wenn ich jemandem Vermögensstücke in der sicheren Erwartung übertrage, daß er Bürgermeister wird, damit er sie in dieser Eigenschaft gebrauche, so ist der Eigentumsübergang vom Bürgermeisteramt unabhängig; wird der Beschenkte aber nicht Bürgermeister, so besitzt er das Gegebene zu Unrecht und hat darum das Eigentum zurückzuübertragen. Ein besonderer Fall liegt dann vor, wenn eine Hingabe kraft eines nichtigen oder unwirksamen Geschäfts stattfindet: auch hier ist das Gegebene in einem Zusammenhange gegeben, den die Parteien voraussetzen, der aber gebricht. Aber nicht nur dingliche, sondern auch schuldrechtliche Zuwendungen gehören hierher: ein Hauptfall ist der Vergleichabschluß, der angegriffen werden kann, wenn er unter unrichtiger Voraussetzung erfolgte, § 779 [2].

Eine weitere Selbstkorrektur bietet die Rechtsordnung 4. im Kampf gegen das Unrecht. Die Rechtsordnung geht davon aus, daß ein Schadensersatzanspruch gegen den, der in fremdes Vermögen eingegriffen hat, regelmäßig nur im Falle ethischen Verschuldens stattfindet; dieses führt, wenn das ethische Verschulden fehlt, zur Ungerechtigkeit, wenn sich der Täter ohne solches Verschulden zuungunsten fremden Vermögens bereichert hat. Auch in diesem Falle besteht ein Anspruch auf Ausgleichung. Dabei muß aber die Gerechtigkeit alle Umstände berücksichtigen. Kauft jemand eine fremde Sache in gutem Glauben, ohne Eigentümer zu werden, und benutzt er sie, so erwirbt er die Früchte zu eigen; trotzdem eine andere Person Eigentümer ist, braucht er die Nutzungen und die regelmäßigen (d. h. ordnungsmäßig bezogenen) Früchte nicht zu ersetzen; er hat es nur zu tun, wenn er die fremde Sache unentgeltlich erworben hat oder ohne Titel besitzt (§§ 988, 993, 2020 BGB.). Man berücksichtigt eben hierbei die ungünstige Stellung dessen, der eine fremde Sache um einen Gegenwert erworben hat und sie herausgeben muß,

---

und B. sie ersessen hat: die Ersitzung legitimiert den Empfänger gegen den Eigentümer, tilgt aber nicht die Kondiktion aus dem nichtigen Geschäft. Dies ist gar nichts Neues und Eigentümliches, wie Oertmann, Recht XIV S. 586 annimmt.

[1] Man denke sich den Fall, daß Anliegerbeiträge bezahlt werden, um ein Bauverbot zu überwinden, während ein Bauverbot gar nicht bestand, RG. 27. Februar 1912 Entsch. 78 S. 427.

[2] Z. B. zwei Personen vergleichen sich über den Inhalt eines Testaments, das sie für gültig halten, das sich aber nachträglich als ungültig erweist, Lehrbuch I S. 573, Hedemann, Vergleichsirrtum (1903), Rietsch, Der besondere Voraussetzungstatbestand beim Vergleich (1906) S. 54 f.

ungewiß, ob er den dafür bezahlten Gegenwert vom Verkäufer wieder erlangen kann. Veräußert aber jemand eine fremde Sache, so ist er möglicherweise durch den Kaufpreis ungerechtfertigt bereichert; dies dann, wenn der gutgläubige Erwerber Eigentümer wird und dem ursprünglichen Eigentümer auf solche Weise der Zugriff zur Sache entzogen ist: hier kann sich der Eigentümer an den Kaufpreis halten, den der Veräußerer durch Verkauf der fremden Sache sich angeeignet hat, § 816 BGB. Anders wenn der Erwerber nicht Eigentümer wird, denn dann hat der Veräußerer dem Erwerber den Kaufpreis herauszugeben, und seine Bereicherung ist dahin; der Eigentümer aber erlangt die Sache vom Erwerber zurück.

In jenen Fällen also bestimmt die Rechtsordnung, daß der Geschädigte die ungerechtfertigte Bereicherung herausverlangen kann, und zwar zunächst das Empfangene samt den bezogenen Nutzungen. Manchmal steigert sich die Pflicht der Herausgabe, indem der Empfänger sogar für die zu beziehenden Nutzungen, für die Zinsen und für die fahrlässige Behandlung der Sache einsteht: dies dann, wenn der Erwerb ein wissentlich ungerechtfertigter Erwerb war [1], und auch dann ist die Haftung eine gesteigerte, wenn der Erwerber mit Rücksicht auf ein ungewisses zukünftiges Ereignis erwarb und das Ereignis nicht eintritt; denn in einem solchen Falle mußte er sich sagen, daß der Erwerb ein zweifelhafter war und er die Sache wirtschaftlich noch nicht endgültig als die seinige behandeln durfte: eine Zinspflicht kann in diesem letzten Falle allerdings gerechtermaßen erst im Augenblick entstehen, wo der Erwerber erfährt, daß das Ereignis nicht eingetreten ist. In anderen Fällen wird die Haftung dadurch abgeschwächt, daß der Empfänger nur haftet, soweit er noch bereichert ist, so z. B. wenn jemand eine Nichtschuld bezahlt erhielt und darauf den gezahlten Gegenstand zu einem geringen Preise weiter veräußert hat (§§ 818, 819 BGB.): er ist nur noch um diesen geringen Preis bereichert. Ob allerdings, wenn er Geld erhalten und sich Gegenstände minderen Werts gekauft hat, diese Gegenstände minderen Werts oder das empfangene Geld zurückzuerstatten ist, hängt von den Umständen ab; denn es ist nicht gesagt, daß der Erwerb gerade mit diesem Geld gemacht wurde und ohne dieses Geld nicht gemacht worden wäre. Im Zweifel ist der Fortbestand der Bereicherung anzunehmen [2].

Eine große Errungenschaft des BGB. ist es gegenüber dem gemeinen Recht, daß, wenn der Empfänger der ungerechtfertigten Bereicherung die Sache schenkweise weggegeben hat, der Beschenkte ebenfalls haftet, und zwar in gleicher Weise wie sein Vorgänger, wenn auch natürlich mit Rücksicht auf seinen etwaigen guten Glauben milder. Z. B. der A. ist Eigentümer eines Grundstücks geworden, weil er nach § 892 BGB. in gutem Glauben erworben hat; ist der Erwerb ein schenkweiser gewesen, dann muß er das Grundstück wieder herausgeben, denn es ist germanisches Prinzip, daß, wo immer ein notleidender Verkehrtreibender und ein Beschenkter in ihren Interessen kollidieren, der Beschenkte zurückstehen muß, §§ 816, 822 BGB.[3].

§ 87. Eine fünfte Ausgleichungspflicht ergibt sich aus folgendem: Im allgemeinen hat der Schuldner, trotzdem er Schuldner ist, die freie Verfügung über sein Vermögen. Indes darf diese Freiheit nicht dahin mißbraucht werden, daß er das Vermögen in arglistiger Weise den Gläubigern entzieht, so daß ihre Forderungen den realen Halt verlieren. Dies ist um so bedeutsamer, als die Person selber nicht mehr, wie früher, mit Leib und Leben für ihre Schulden haftet; hier muß man sagen: wer sich zu einer Leistung verpflichtet, kann zwar nicht als verpflichtet gelten, alles zu tun, was nötig ist, um diese Leistung zu ermöglichen; wohl aber ist es ein ethisches Verschulden, wenn jemand absichtlich dahin wirkt, die Zahlungsmittel zu beseitigen, um dadurch seine Pflicht zu einer unerschwinglichen zu machen. Ja, selbst ein derartiges Handeln gegen erst künftig erstehende Gläubiger ist widerrechtlich. Schon das römische und altdeutsche Recht ging von dieser Anschauung aus, obgleich hier ein solches Eingreifen viel weniger nötig war als bei uns; denn damals haftete der Schuldner mit seiner Person und Freiheit, er schnitt sich daher

[1] Oder wenn der Erwerber späterhin die Sachlage erkennt, § 819 BGB., OLG. Breslau 6. Mai 1911 Mugdan 23 S. 55.

[2] Überhaupt ergeben sich hier manche Unsicherheiten, die ex aequitate zu beschwichtigen sind. Vgl. auch Tuhr, Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung (1907) S. 16 f.

[3] Natürlich ist um so mehr ein Anspruch gegen eine persona interposita begründet, für welche der direkte Kontrahent gehandelt hat. Vgl. auch Hedemann in der Festgabe für Thon S. 90 f.

ins eigene Fleisch, wenn er den Gläubigern die Befriedigungsmittel entzog. Das deutsche Recht erklärte die Fluchtsalgeschäfte als nichtig [1]; das römische Recht bestimmte folgendes: Wenn der Schuldner mit der Absicht der Gläubigerbenachteiligung Gegenstände veräußerte, so kann der Gläubiger den dritten Erwerber auf Herausgabe belangen, sofern dieser Dritte entweder an dieser Absicht teilnahm oder sein Erwerb ein schenkweiser war; im letzteren Falle allerdings nur bis zur Bereicherung: dies war die actio Pauliana des gemeinen Rechts, die man später als Schuldanfechtung verdeutschte. Die Bestimmung des römischen Rechts aber reichte nicht aus, und die neueren Gesetze haben hier vielfache Erweiterungen gegeben; so vor allem im Falle des Konkurses: die unglückliche, unwirtschaftliche Zeit, die dem Konkurs vorangeht, soll bereits in der Art in Betracht gezogen werden, daß gewisse in dieser Zeit erfolgte Geschäfte der Schuldanfechtung unterliegen. Außerdem hat das sog. Anfechtungsgesetz vom 21. Juli 1879, das im Jahre 1898 eine Umgestaltung erfahren hat, die Materie auch außerhalb des Konkurses erweitert, insbesondere dahin, daß 1., wenn benachteiligende Zuwendungen im letzten Jahre an Verwandte gemacht sind, die Benachteiligungsabsicht auf der einen und das entsprechende Bewußtsein auf der anderen Seite vermutet wird, und 2. daß Schenkungen des letzten Jahres (und bei Ehegatten die Schenkungen der letzten zwei Jahre) ohne weiteres der Anfechtung unterliegen, auch wenn von einer derartigen Absicht oder von einem derartigen Bewußtsein gar nicht die Rede war; nach dem Satze: zuerst die Gläubiger, dann die Schenkungen, denn der Beschenkte muß dem notleidenden Verkehrtreibenden nachstehen. Der Schuldanfechtungsanspruch ist also nicht notwendig ein Anspruch aus unerlaubter Handlung, er kann ein Anspruch sein, der, ähnlich wie der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung, aus dem bloßen Zusammenstoß der Umstände hervorgeht.

Den Schuldanfechtungsanspruch hat der Gläubiger nicht ohne weiteres, er hat ihn nur, wenn ihm eine fällige Forderung mit vollstreckbarem Titel zusteht und wenn die ordentliche Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners mangels bereiter Mittel nicht erfolgen konnte: in diesem Falle darf der Gläubiger dritte Personen belästigen; er hat in solchem Falle dem Dritten die ankunftsbedürftige Erklärung zukommen zu lassen, daß er das Geschäft anfechte, und die Folge ist, daß nunmehr ein Forderungsrecht gegen den Dritten besteht: dieser hat jetzt die Verpflichtung, das Erlangte nach den Regeln des ungerechtfertigten Habens dem Gläubiger zur Verfügung zu stellen, so daß dieser die Zwangsvollstreckung daran vornehmen kann. Dabei gilt der obige Unterschied: der bösgläubige Dritte hat das Empfangene vollständig herauszugeben ohne Rücksicht auf das, was er als Gegenwert geleistet hat, während der gutgläubige Erwerber, namentlich der Schenkungsempfänger, bloß die Bereicherung zu erstatten schuldig ist. Der Anfechtungsanspruch wird gewahrt, wenn die Anfechtung in der richtigen Zeit durch ankunftsbedürftige Erklärung erfolgt ist: diese Zeit beträgt zehn Jahre (im Konkurs ein Jahr). Manche verlangen allerdings, daß in dieser Zeit auch die Klage erhoben wird.

Der Anspruch ist ein schuldrechtlicher, kein dinglicher: der Dritte ist verpflichtet, die Zuwendung herauszugeben, sie fällt nicht infolge der Anfechtung von selbst aus seinem Vermögen heraus [2].

Der Anspruch kann gegen den, der von dem Erwerber weiter erworben hat, stets dann durchgreifen, wenn dieser unentgeltlich erworben hat; in anderen Fällen nur, wenn er bei seinem Erwerb in bösem Glauben war, d. h. wußte, daß sein Vorgänger in solcher Weise erworben hatte, daß dieser der Anfechtung unterlag; was bei nahe verbundenen Personen vermutet wird.

[1] Auch die italienischen Statuten, z. B. Mailand 1498 a. 262: perinde possint creditores persequi eum effectu, tanquam si alienatio non esset facta, Weitere Nachweise im Leitfaden des Konkursrechts S. 128.

[2] Leitfaden des Konkursrechts 2. Aufl. S. 138. So auch RG. 24. September 1902 J.W. XXXII Beilage 1 S. 4 u. a. Für das Schweizer Recht Brand, Anfechtungsrecht der Gläubiger nach dem Bundesgesetz vom 11. April 1889 (1902) S. 260 f. Ganz verfehlt haben Hellwig u. a. aus dem Ausdruck „Anfechtung" herauslesen wollen, daß die „Anfechtung" den Erwerb vernichte, so daß die Sache kraft Eigentums „zurückfalle". Aber es handelt sich ja doch nicht um eine Anfechtung im Sinne des Rückgängigmachens eines Erwerbes: dann müßte ja die Sache an den Veräußerer zurückfallen; vielmehr handelt es sich um ein Vollstreckungshilferecht des Gläubigers, und hierwegen ist der gutgläubige Verkehr so wenig als möglich zu belästigen.

Der Anspruch kann wegen eines jeden Erwerbs geschehen, welcher Gegenstand der Vollstreckung sein kann, also insbesondere auch bei Forderungszession, wobei durch einstweilige Verfügung die Zahlung inhibiert werden kann[1].

§ 88. Außer den Ausgleichungspflichten der einen oder anderen Weise bringt das soziale Leben noch eine Reihe von Beihilfspflichten mit sich: wo auf der einen Seite ein großes Bedürfnis und auf der anderen Seite eine geringe Belästigung stattfindet, kann der eine verpflichtet sein, den anderen in der Erreichung seiner Lebenszwecke zu unterstützen[2]. Eine solche Beihilfspflicht ist 1. die Pflicht, die Abholung zu gestatten, wenn ein fremder Gegenstand sich auf einem Grundstück befindet. Davon ist bereits oben (S. 52) die Rede gewesen. In ganz besonderer Weise ist diese Befugnis demjenigen erteilt, der einem entflogenen Bienenschwarm durch Feld und Flur nachgeht: er darf fremde Grundstücke betreten und darf sogar den Bienenstock öffnen und die Waben herausnehmen (vgl. §§ 1005, 867, 962 BGB.). 2. Eine zweite Pflicht ist die Pflicht der Vorweisung, und zwar der Vorweisung von Sachen im allgemeinen und der Vorweisung von Urkunden insbesondere (Exhibition, Edition). Eine Vorweisung von Sachen kann man verlangen, wenn man sich versichern will, ob eine Sache, die ein anderer besitzt, identisch sei mit der Sache, auf welche man einen Vindikationsanspruch erheben will; denn einen Vindikationsanspruch ins Blaue zu erheben, bevor man sich über die Identität der Sache verlässigt hat, ist nicht ratsam. Die Rechtsordnung muß daher den Vindikanten unterstützen, und dies kann nur dadurch geschehen, daß ihm die Sache zur Besichtigung vorgelegt werden muß. Noch andere Zwecke hat die Vorlegung von Urkunden, denn es handelt sich hier darum, aus der Urkunde Auskunft über Rechtsverhältnisse zu erlangen. Ein solcher Vorlegungsanspruch besteht im Falle sog. gemeinschaftlicher Urkunden, d. h. dann, wenn die Urkunde allein oder doch mit im Interesse desjenigen errichtet ist, der die Vorlegung verlangt (vgl. §§ 809, 810 BGB.)[3]. Früher war ein Hauptfall dieser Vorlegungspflicht die Pflicht zur Vorweisung von Testamenten: heutzutage ist die Sache in ein anderes Geleise geraten, weil die Testamente an das Nachlaßgericht gebracht werden müssen und das Nachlaßgericht sie den Interessenten vorzuweisen, ihnen auch Abschrift zu verschaffen hat (§ 2264)[4]. Andere Beihilfepflichten ergeben sich aus Rechtsverhältnissen des Verkehrs- und Seerechts, z. B. die Pflicht, Leute, die sich in Seenot befinden, in das Schiff aufzunehmen (Reichsgesetz vom 2. Juni 1902) oder auf funkentelegraphischen Anruf hin zu Hilfe zu kommen, worüber wichtige Vereinbarungen getroffen wurden, oder sich der Leute anzunehmen, die durch das Automobil geschädigt worden sind, Automobil-G. vom 3. Mai 1909 § 22, oder im Bergwesen den Notleidenden zu Hilfe zu kommen, preuß. Berggesetz § 135 f., bayerisches § 129 f.[5]

IV. Unerlaubtes Handeln[6].

§ 89. Wer vorsätzlich oder fahrlässig ein Recht verletzt, haftet für Schadenersatz. Das war mehr oder minder schon im gemeinen Rechte der Fall, nur daß man sich hier noch der altrömischen Schablonen, der actio legis Aquiliae, actio doli usw. bediente. Im BGB. werden Rechte aller Art unter den Schutz gestellt, dazu gehört vor allem auch das Recht der Persönlich-

[1] Es muß sich daher 1. um einen Erwerb, 2. um einen der Vollstreckung zugänglichen Erwerb handeln. Das RG. hat darum 26. Januar 1909 Entsch. 70 S. 226 angenommen, daß die Veräußerung eines Handelsgeschäftes als Ganzes nicht angefochten werden könne. Das ist richtig, nicht weil das Handelsgeschäft nicht Gegenstand der Vollstreckung sein kann, sondern aus dem anderen Grunde: der jeweilige Stand des Handelsgeschäftes kann das spezielle Verdienst des Erwerbers sein, und dieses dürfen die Gläubiger des Veräußerers nicht für sich beanspruchen.

[2] Lehrb. I 182, II 24.

[3] Andere Auskunftspflichten ergeben sich aus dem speziellen Vertragsverhältnis, z. B. die Sachauskunftspflicht bei dem Kauf, §§ 444, 445 BGB. Vgl. auch Arthur Kohler, Arch. f. b. R. XXV S. 164. Dagegen ist eine allgemeine Auskunftspflicht nicht gegeben, z. B. es hat jemand von B. zum billigsten Preis gekauft: B. ist hierüber nicht auskunftspflichtig, Kammergericht 2. Juli 1910 Mugdan 23 S. 1 und Kammergericht 7. Februar 1908 ebenda XVI S. 351.

[4] Auch eine photographische Aufnahme ist zu gestatten, Kammergericht 4. November 1912 Entsch. f. Gerichtsb. XII S. 205.

[5] Vgl. Arch. f. bürgerl. Recht XXXVI S. 1 f.

[6] Lehrbuch II S. 470 f., 513 f.

keit. Die Persönlichkeit mit Leben, Leib [1] (Freiheit, Gesundheit) und Ehre, §§ 823, 824, 847 [2]. Der Schutz der Persönlichkeit ist noch in folgender Weise ausgedehnt: Wenn unsere Rechtsordnung eine allgemeine Pflicht feststellt, zum Schutze anderer zu handeln (sog. Schutzgesetze), so ist, wer immer diese Pflicht verletzt, denen verantwortlich, die infolge dieser Verletzung in ihren Interessen gekränkt wurden. Damit ist der Persönlichkeitsschutz bedeutend ausgedehnt: die Persönlichkeit ist jetzt eine durch polizeiliche Sicherungsmaßregeln gedeckte Persönlichkeit, in deren Bereich schon durch Verletzung dieser Sicherungsmaßregeln eingegriffen wird. Wenn z. B. das Strafgesetzbuch die Verpflichtung auferlegt, von dem Vorhaben eines bestimmten Verbrechens Anzeige zu erstatten, damit das Vorhaben noch vereitelt werden kann, so ist zu folgern: sobald jemand dieser Verpflichtung nicht nachkommt, muß er zivilrechtlich für das Verbrechen einstehen und diejenigen Personen, die durch das Verbrechen verletzt wurden, entschädigen. Wenn es Pflicht ist, einen fahrlässigen Falscheid zu vermeiden, so ist der, welcher einen solchen Eid leistet, verpflichtet, den Schaden zu ersetzen [3]. Wenn unsere Unfallversicherungsgesetze im Interesse des Arbeiterschutzes bestimmen, daß gewisse Vorkehrungen getroffen werden müssen, um Leib und Leben der Werkleute zu sichern, so muß, wer dies nicht tut, dem Verletzten für den Schaden einstehen. Wer verpflichtet ist, Schutzzeichen zur Sicherung der Schiffahrt, z. B. Feuersignale, aufzustellen, und dem nicht nachkommt, der haftet, wenn infolgedessen ein Schiff verunglückt. Die Bilanzziehung einer Aktiengesellschaft oder Genossenschaft ist nicht nur für die Gesellschaftsverwaltung bedeutsam, sondern auch für die Gläubiger oder die künftigen Genossen [4]. So auch, wenn eine Gemeinde verpflichtet ist, für Beleuchtung, für Streuung bei Glatteis zu sorgen, und infolge der Zuwiderhandlung ein Unfall entsteht [5]. Daher auch die Haftung der Beamten; etwas Besonderes gilt für die richterlichen Beamten bezüglich der Urteile (Entscheidungen), § 839: hier ist die Haftung aufs äußerste beschränkt, damit nicht unter der Firma der Haftung die Freiheit richterlicher Entscheidung gestört wird.

Einen modernen Ausdruck eines bereits bestehenden Rechtssatzes enthält die bekannte Bestimmung des § 826. Wer vorsätzlich gegen die guten Sitten verstößt, soll schadenersatzpflichtig werden.

Allerdings darf das Handeln gegen die guten Sitten nicht dem unmoralischen Handeln überhaupt gleichgestellt werden. Nicht alles, was unmoralisch ist, ist gegen die guten Sitten. Man kann nicht sagen, daß Härte gegen andere, Geiz, Zurückhaltung im Vermögen, gegen die guten Sitten verstößt; denn die guten Sitten geben jedem die volle Herrschaft, in dieser Beziehung zu befinden, was er für richtig hält. Es ist also vollkommen unrichtig, wenn man angenommen hat, daß hier Moral und Recht in eines zusammenschmelzen, und daß man jemanden verantwortlich machen dürfe, der, obgleich er es könnte, dem Notleidenden nicht zu Hilfe käme [6]. Ein Handeln gegen die guten Sitten liegt vielmehr nur dann vor, wenn jemand den durch die guten Sitten geheiligten Kreis des Handelns überschreitet. So ist es gegen die guten Sitten, wenn jemand z. B. durch eine unsittliche Handlung Ärgernis erregt und dadurch zu Aufwendungen Anlaß gibt, welche nötig sind, um dieses Ärgernis zu heben; oder wenn er durch

[1] Eine Einwilligung der Verletzten schließt die Entschädigungspflicht nur dann aus, wenn sie nach Maßgabe des Falles sittlich ist, also z. B. bei der Teilnahme an einer gefährlichen Expedition; vgl. meine Abhandlung über vertragsmäßige Übernahme der Lebensgefahr im Arch. f. ziv. Praxis **84** S. 22; Seydel, Einwilligung des Verletzten (1907) S. 17.

[2] Wird infolge falscher Ausstreuung ein Geschäft ruiniert, so ist der Inhaber des Geschäftes zu entschädigen, nicht aber die Angestellten, die infolgedessen ihre Beschäftigung verlieren: ihre Rechte sind nicht verletzt. Unrichtig RG. 11. März 1912 Entsch. 79 S. 55. Über Schadenersatz wegen Ehebruch, Ehrverletzung vgl. Strupp, Schadenersatz (1910) S. 34 f.

[3] RG. 1. Dezember 1904 Entsch. 59 S. 236.

[4] RG. 1. Februar 1913 Entsch. 81 S. 269.

[5] Vgl. RG. 12. Oktober 1911 Warneyer Ergänzung 1911 S. 520. So auch wenn, dem § 367 Z. 14 StGB. zuwider, die nötigen Vorsichtsmaßregeln beim Bau nicht getroffen sind, RG. 12. April 1902 Entsch. 51 S. 177, oder die Vorsichtsmaßregeln bei einer Badeanstalt, RG. 7. November 1910 Warneyer Ergänzung 1911 S. 1 f., oder bei Verwahrung des Abhanges einer Straßenböschung, RG. 18. Febraur 1911 Warneyer Ergänzung 1911 S. 265, oder bei der Pflasterung, RG. 12. November 1910 JW. 40 S. 95.

[6] Man ist daher nicht verpflichtet, Jemanden auf die Gefahren seines Tuns hinzuweisen; anders wenn man einen Gegenstand verkauft hat und nachträglich von seiner Gefährlichkeit Kunde bekommt: denn im Verkauf liegt eine gewisse Garantie kraft der man nicht untätig sein darf.

irgendeinen Unfug polizeiliche Nachforschung nötig machte und dadurch den Staat in Kosten stürzte u. a. Dahin gehört es auch, wenn jemand durch Haltung eines Unzuchthauses die Nachbarschaft stört und belästigt [1].

In einer Reihe von Fällen, in welchen man den § 826 anruft, liegt eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts (also § 823) vor [2]; so wie bereits bemerkt:

1. In den Fällen des unlauteren Wettbewerbs [3],

2. in der Unterstützung des Vertragsbruchs, wenn man durch späteren Vertrag die persönliche Tätigkeit des Schuldners so sehr in seine Gewalt bekommt, daß er zur Erfüllung seiner Vertragspflichten unfähig wird [4]. Dergestalt ist insbesondere das Abspenstigmachen von Arbeitern, welche man veranlaßt, vorzeitig aus ihrem Dienst zu treten, damit man sie in seinen Dienst einstelle. Aber auch schon das gehört hierher, wenn jemand einen solchen Arbeiter, von dem er weiß, daß er vertragsbrüchig ist, in seinen Dienst aufnimmt, denn er nützt dadurch die Vertragsbrüchigkeit aus. Im Gewerberecht ist dies anerkannt, bei dem Lehrvertrag § 127 g und bei Gesellen und Fabrikarbeiter in §§ 125 und 134. Ja, in letzterem Falle ist sogar bestimmt, daß, wenn der Arbeitsherr auch nur nachträglich erfährt, daß er es mit einem abtrünnigen Arbeiter zu tun hat, er ihn, falls nicht bereits zwei Wochen verstrichen sind, aus dem Dienste entlassen muß, ansonst er entschädigungspflichtig wird.

In gleicher Weise kann ein Dritter verantwortlich sein, wenn er, das Konkurrenzverbot kennend, den Handelsgehilfen bei sich einstellt [5].

Hierunter fällt

3. der Erwerb einer bereits einem anderen veräußerten Sache unter den oben (S. 44) entwickelten erschwerenden Umständen.

Hierunter fällt

4. die arglistige Rechtsvereitelung. Man kann die Persönlichkeit dadurch verletzen, daß man in gesellschaftswidriger Weise in ihre Sphäre eingreift und dadurch das Entstehen ihres Rechts verhindert; so z. B. eine Annahmeerklärung soll am bestimmten Tage eintreffen, ansonst sie verspätet ist, und man besticht den Boten, so daß sich die Erklärung verspätet (für die Bedingung ist dieser Gedanke in § 162 BGB. weitergesponnen worden).

Hierher gehört

5. der Fall des Rechtsmißbrauchs. Nicht jede Anwendung des Rechts innerhalb seiner Schranken ist anständig und gesellschaftlich zulässig. Solcher Rechtsmißbrauch liegt

a) in der Rechtsschikane (§ 226 BGB.), d. h. einem Handeln, das nur den Charakter haben kann, einen andern zu schädigen;

b) in der Verwendung des Rechts gegen seinen Sinn und seine gesellschaftlichen Zwecke unter Nichtachtung der Persönlichkeit Dritter. Insbesondere gehört hierher das Sicheinschleichen in fremde Arbeit: so ist es bei der Entlehnung von Zeitungsartikeln; noch das neue Autorgesetz gestattet eine weitgehende Entlehnung; allein diese darf die Grenzen von Anstand und Sitte nicht überschreiten; so die Entlehnung fremder Sportsnachrichten mit Hilfe gesellschaftswidriger Maßnahmen [6]. Anderseits gehört hierher die über das Maß hinausgehende Bedrückung anderer unter Benutzung des genossenschaftlichen Einflusses. So die Ausschließungs-, Boykottverträge:

[1] So die ständige französische Praxis; so nun auch deutsche Gerichte, namentlich OLG. Kolmar 10. Oktober 1902 Mugdan V S. 386 und die von Ortloff, Arch. f. b. R. XXVI S. 335 zitierten weiteren Entscheidungen. Es ist juristische Pedanterie, wenn man eine negatoria zurückweist, die auf das Verbot eines derartigen Verhaltens hinzielt; vgl. den Fall RG. 8. April 1911 Entsch. 76 S. 130. Dagegen kann die Polizeibehörde wegen Duldung eines Prostitutionshauses nicht in Anspruch genommen werden, Hamburg 3. März 1904 Mugd. XII 113.

[2] Es ist schon ein großer Fortschritt, daß das RG. annimmt, daß auch in Fällen des guten Glaubens ein Unterlassungsanspruch kraft des § 826 möglich ist, RG. 8. Februar 1912 Entsch. 79 S. 17. Überhaupt ist der Unterlassungsanspruch ein Zeugnis des Persönlichkeitsrechts; vgl. RG. 15. Januar 1912 Entsch. 78 S. 257.

[3] Vgl. mein Werk: Unlauterer Wettbewerb (1914) S. 17 f.

[4] Vgl. Busch's Arch. f. Handelsrecht 48 S. 348 f. Unrichtig Kammergericht 8. Oktober 1901 Mugdan IV S. 54.

[5] RG. 10. Dezember 1912 Entsch. 81 S. 80. Dagegen ist nicht jede Unterstützung des Vertragsbruchs eine Widerrechtlichkeit gegen den Vertragsgegner, RG. 25. November 1911 Entsch. 78 S. 14.

[6] Vgl. mein Schriftwerkrecht S. 448 f., Arch. f. b. R. XXVI S. 195.

sie stehen innerhalb des Rechts, dürfen aber gleichfalls nicht die Schranken des gesellschaftlichen Lebens überschreiten [1]. So verhält es sich mit der Benutzung der dem Gemeingebrauch anheimgestellten Sachen usw.

Wer in Fällen 1—5 geschädigt wird, kann Aufhören der Anstandswidrigkeit [2] und Schadenersatz verlangen. Sein Verlangen geht aus dem Persönlichkeitsrecht hervor; denn dieses gibt Ansprüche wegen Verletzungen des Anstands, den die Persönlichkeit verlangen kann.

§ 90. Die unerlaubte Handlung setzt eine ethische Willensschuld voraus, entweder Vorsatz oder Fahrlässigkeit. Ausgeschlossen ist sie, wenn die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen ist, namentlich bei Notwehr und Notstand (auch bei dem zivilrechtlichen Notstand des § 904; vgl. im übrigen § 227 f. [3].

In wenigen Fällen findet eine Haftung statt auch ohne Verschulden, eine Haftung bis zur sog. höheren Gewalt. Dies gilt insbesondere vom Betrieb von Eisenbahnen, sofern dadurch ein Mensch getötet oder verletzt wird: die Eisenbahnen haften, wenn nicht höhere Gewalt oder eigenes Verschulden vorliegt [4]; so das Gesetz vom 7. Juni 1871. Einer solchen Haftung bis zur höheren Gewalt unterliegen in Vertragsverhältnissen die Wirte für das, was die Gäste eingebracht haben, § 701, und unterliegen auch die Eisenbahnen bezüglich der übernommenen Transporte, nicht aber die übrigen Frachtführer, denn diese haften nur für Verschuldung (§§ 429, 606 BGB.) [5]. Die höhere Gewalt verlangt eine Einwirkung von außen, die so stark ist, daß selbst eine spezielle Vorsicht sie nicht zu beschwören vermöchte. Der Haftende hat diese höhere Gewalt darzulegen und in ihren Einzelheiten nachzuweisen.

Das ethische Verschulden setzt Verantwortlichkeit voraus; nicht verantwortlich ist der Mensch bis zu sieben Jahren, zweifelhaft und je nach der individuellen Reife zu entscheiden ist die Verantwortlichkeit von sieben bis achtzehn Jahren, nicht verantwortlich ist der Mensch in Bewußtlosigkeit oder in willensunfreier Geistesgestörtheit (§§ 827, 828 BGB.). Ausnahmsweise, aus Gründen der Billigkeit, wird ein nicht Verantwortlicher ganz oder teilweise für schadenersatzpflichtig erklärt, wenn dies nach den Umständen des Falles als gerechtfertigte Schadensverteilung erscheint (§ 829) — also auch, wenn der Mensch nur in animalischer Weise gehandelt hat: er haftet für sein animalisches Tun, wenn er mit bedeutenderem Vermögen ausgestaltet ist, das ihm erlaubt, ohne Schmälerung seines Unterhalts die schädigenden Folgen seines Tuns auszugleichen, § 829 BGB. [6].

[1] Hiergegen ging man schon in alten Zeiten vor, z. B. Statuten Padua 1236 Nr. 833: si quis . . . molinario interdixerit ne molat neu masinet illi persone . . . solidos 100 pro banno . . . componat; so in deutschen Reichsgesetzen: Reform. guter Polizei 1548 § 18 (Monopolia und schädliche Fürkäuf betreffend). Aus neuerer Zeit vgl. Obergericht Thurgau 29. November 1892 Z. f. Schweizer Recht, Revue XI S. 25. Sodann die Entscheidungen über die schwarzen Listen, namentlich RG. 29. Mai 1902 Recht VI S. 395. Dagegen hat neuerdings das RG. angenommen, daß Verträge, nicht an einen Deutschen zu verkaufen und dgl., nicht außerhalb des Erlaubten liegen, RG. 25. November 1911 Entsch. 77 S. 419. Über die Haftung für die zum Boykott herausfordernden Druckschriften RG. 13. Februar 1911 Entsch. 76 S. 35. Weitere Entscheidungen bei Dick, Arch. f. b. R. XXXIII S. 130.

[2] Aus §§ 823 wie 826 geht nicht nur ein Anspruch auf Geldersatz, sondern auch auf Ablassen der schuldhaften Tätigkeit hervor; richtig OLG. Celle 5. Mai 1902 Mugdan V S. 238. Dies gilt auch schon aus den oben S. 85 angeführten Gründen. Vgl. auch S. 133 Note 2.

[3] Wenn hier eine Entschädigung vorgesehen wird, so hat sie einen anderen Charakter; vgl. Lehrbuch I S. 207 f., 220 f., 227 f., Baumgarten, Notstand und Notwehr (1911) S. 56, Chironi, stato di necessità (1905) p. 131 f.

[4] Vorausgesetzt ist, daß der Schaden durch den Betrieb oder eine damit im Zusammenhang stehende Betätigung erfolgt ist, RG. 9. Januar 1902 Entsch. 50 S. 92.

[5] Die gesteigerte Haftung, die die Römer aus den Verhältnissen der Osterienwirte ableiteten, wurde im Mittelalter auf die Gastwirtschaft überhaupt übertragen; vgl. z. B. Como 1216 a. 276 (Mon. hist. patr. XVI p. 101). Ein Schlafwagen aber ist kein Hotel! Vgl. Kassationshof Paris 3. Februar 1896 Sirey 96 I p. 165, OLG. Köln 17. Januar 1907. Früher ließ man auch die Frachtführer in gesteigertem Maße haften; dies entspricht den Bedürfnissen des Lebens und der praktischen Gestaltung des Rechts, da der Nachweis des Verschuldens recht schwierig ist; so auch das englische Recht bezüglich des common carrier. Die Änderung des neuen HGB., welches die Haftung auf bloßes Verschulden herabgedrückt hat, ist eine sehr unglückliche. Für die Eisenbahn besteht (wie oben bemerkt) das alte System weiter infolge völkerrechtlicher Vereinbarungen (§ 456 HGB. und Berner Konvention 14. Oktober 1890 Art. 30).

[6] Lehrbuch II S. 490, Schwartz, Das Billigkeitsurteil des § 829 (1904) S. 10. Schon

Die Verantwortung kann gemildert oder aufgehoben werden durch eigenes Verschulden des Verletzten, §§ 254, 846 BGB.[1] Dies auch dann, wenn eine andere Person als der Verletzte entschädigungsberechtigt ist (so bei §§ 844, 845); so wenn die Erben eines Getöteten Entschädigung verlangen: auch hier kann das Mitverschulden des Getöteten berücksichtigt werden[2]. Und auch wenn der Verletzte ein Minderjähriger ist, kommt trotz § 828 BGB. sein konkurrierendes Verschulden mit in Betracht[3]). Vgl. S. 87.

Eine individuelle Minderung des Schadensersatzes ist ferner in § 281 BGB. insofern gegeben, als, wenn der Schadensschuldner einen Ersatzanspruch gegen einen Dritten Schadenstifter hat, der Gläubiger die Übertragung dieses Anspruches verlangen kann, worauf sich die Schadenspflicht des Schuldners um den Wert des Empfangenen mindert; doch darf dem Gläubiger ein solcher Anspruch nicht aufgedrängt werden.

Umgekehrt kann der zahlende Schuldner die Abtretung des Anspruches verlangen, den etwa der Gläubiger wegen derselben Angelegenheit gegen einen Dritten hat, § 255.

Eine eigentümliche Abmilderung enthält der § 702 BGB. (bis zu 1000 Mark), sodann das Automobilgesetz 3. Mai 1909 § 12 (bis je 50000, 150000, 10000 Mark). Die Bestimmung soll insbesondere die Versicherungstechnik erleichtern[4]).

§ 91. Die Frage der Haftung für dritte Personen oder auch für Sachen hat von alters her die Rechtsordnung lebhaft beschäftigt; und es ist ein alter Grundsatz, daß man für seinen häuslichen Kreis einstehen muß und für alles, was sich innerhalb des häuslichen Kreises bewegt. Man haftete früher für Sklaven und in agrarischen Verhältnissen für Tiere. Dies letztere hat sich bis auf unsere Zeit erhalten[5]): der Tierhalter, d. h. derjenige, der sich des Tieres als Arbeits-, Nutz- und Luxustieres bedient, haftet für den Schaden, den das Tier in seiner animalischen Halbvernunftfunktion anrichtet[6]; es müßte denn sein, daß der Verletzte sich wissentlich in den Kreis, in welchem das Tier wirkt, hineinbegeben hat, § 833[7]. Diese Bestimmung galt im BGB. unbedingt; durch Gesetz vom 30. Mai 1908 wurde der Satz für Arbeitstiere des Berufs-,

das Schweizer Obligationsrecht hatte eine solche Bestimmung, ja schon das Österr. Gesetzb. § 1310. Die alten Pandektisten, z. B. Vangerow, wetterten einst dagegen in geradezu ergötzlicher Weise.

[1] Vgl. auch Gottschalk, Das mitwirkende Verschulden des Geschädigten (1903) S. 23, Krückmann, Jahrb. f. Dogm. **55** S. 1 f. Ein Fall ist die Verantwortlichkeit des Arbeitgebers, sofern er wegen Nichtklebung der Quittungsmarken den Arbeiter in bezug auf die Invalidenrente geschädigt hat: der Arbeiter hat selbst darüber zu wachen, daß die Voraussetzungen der künftigen Invalidenrente erfüllt werden; vgl. darüber Appelius, Archiv f. bürgerl. Recht XXI S. 14 f., Brunn, ebenda XXVI S. 279 und die hier erwähnten Entscheidungen. Ein anderer Fall ist der Fall eines körperlich verletzten, welcher sich nicht einer sachkundigen ärztlichen Behandlung unterwirft; vgl. Dronke in Egers Eisenbahnrechtl. Entsch. XXII S. 90 f., Zitelmann, Arch. f. b. Recht 40 S. 213 f. und die hier zitierten Entscheidungen. Ein häufiger Fall ist es endlich, wenn jemand aus einem Bahnzug springt, den er in fahrlässigem Irrtum für stehend hält, RG. 6. November 1913 Hessische Rechtsprechung XIV S. 290. Ob ein solcher Fall vorliegt, hat das Gericht aus dem ihm vorliegenden Sachmaterial von selbst zu entnehmen, auch ohne besonderen Antrag; unrichtig OLG. Rostock 13. Juli 1908 Mugdan XVII S. 376.

[2] RG. 17. Januar 1913 Entsch. 81 S. 214, auch 1. Mai 1911 Entsch. 76 S. 187. Vgl. J. Kahn, Arch. f. b. R. XXXIV S. 350. Handelt es sich um die Beschädigung einer Sache, so ist das Verschulden des Besitzers maßgebend, so Automobil-Ges. 3. Mai 1909 § 9.

[3] Unrichtig RG. 1. November 1904 Entsch. 59 S. 221. Vgl. Lehrbuch II S. 137, Leyden, Culpa Compensation (1902) S. 69 f., wo auch weitere Literatur.

[4] Vgl. Köhne, Handwörterbuch der Staatswissenschaft VI S. 191.

[5] Daher findet sich die unbedingte Haftung für Tiere auch in italienischen Stadtrechten, z. B. in Montefeltro (1384) II 40 (Collezione storica Marchigiana II p. 319), Ragusa (1272) VIII 23, auch Const. Siculae III 55, 56.

[6] Auch für den mittelbaren Schaden, wenn z. B. das Tier etwas geschleudert hat, was jemanden verletzt; vgl. RG. 20. Februar 1902 Entsch. 50 S. 219. Nur muß es Körperschaden oder Sachschaden sein. Dagegen gehört der Fall der Ansteckung nicht hierher (auch nicht wenn die Ansteckung durch „Beschnüffeln" gefördert wird, RG. 19. Oktober 1912 Entsch. 80 S. 237).

[7] Daher haftet man nicht in dieser Weise dem Wärter oder Traineur des Tieres, RG. 13. Juli 1904 Entsch. 58 S. 410, auch nicht dem, der sich einladen ließ, im Wagen mitzufahren, und hierbei verletzt wurde. Darüber ist viel gestritten worden. Vgl. z. B. OLG. Dresden 18. April 1905 Seuffert Arch. 61 Nr. 220, RG. 18. März 1907 Entsch. 65 S. 313, RG. 19. März 1908 Entsch. 67 S. 431,

Erwerbs-, Lebensunterhalts außer Geltung gesetzt, die gesteigerte Haftung besteht also nur noch für Luxustiere und für häusliche Nutztiere [1]).

Natürlich kann es sich hier überall nur um Tiere handeln, die eine gewisse Bewegungsfreiheit haben, bei welchen also von Halbvernunft die Rede sein kann. Von dem Fall, daß etwa ein Dritter durch die Bazillen eines Forschers infiziert würde, ist hier nicht die Rede, ganz abgesehen davon, daß die Zugehörigkeit der Bazillen zum Tierreich zu beanstanden ist: hier kann nur der Standpunkt der Verschuldung maßgebend sein; und dasselbe gilt für Pflanzen, die für die Nachbarn schädliche Eigenschaften haben, z. B. dadurch, daß sie ihren Samen weiter verbreiten und die Nachbarfelder mit Unkraut übersäen.

Bei Gebäuden hat das BGB. den Schuldstandpunkt aufrecht erhalten. Man haftet nur dann, wenn man nicht die nötige Vorsicht angewandt hat (§ 836), und denselben Standpunkt nimmt das Gesetz ein bei der Haftung für Untergebene, welche im Kreis ihrer dienstlichen Tätigkeiten dritte Personen beschädigen; der Geschäftsherr [2] haftet nur dann, wenn er in der Beaufsichtigung oder in der Auswahl sich eine Lässigkeit hat zuschulden kommen lassen (§ 831): nach diesem Gesichtspunkte ist insbesondere auch der Fall zu behandeln, wenn von Angestellten unlautere Wettbewerbshandlungen ausgehen [3], ferner der Fall, wenn eine Transportgesellschaft mit Kutschern den Dienst besorgt [4]. Im übrigen haftet er in den bezeichneten Schranken, sollte auch etwa der Untergebene wegen Irrtums oder wegen Geisteskrankheit nicht im Verschulden sein [5]. Ähnliches gilt nach § 832 für die Aufsichtsführenden, für Irrenärzte und Lehrer, aber auch für Eltern und Erzieher, welche über ihre Untergebenen zu wachen haben [6]. In gewissen Fällen, namentlich bei Automobilen ist die Haftung verschärft: der Automobilhalter haftet für den Lenker, und kann sich nicht in der obigen Weise exkulpieren, Automobilgesetz 3. Mai 1909 § 7; ähnliches gilt im Gewerberecht von der Haftung des Fabrikanten, Haftpflicht-Gesetz 7. Juni 1871 § 2 (bei Personenschaden).

Alle derartigen Schäden führen zu Ausgleichungen, die für den Verpflichteten im höchsten Grade bedränglich werden können, und es ist sehr wünschenswert, wenn hier durch Versicherungen möglichst geholfen wird. Vielleicht, daß schließlich auch hier die Gesetzgebung einschreitet und Zwangsversicherungen einführt; einstweilen ist dies Sache privater Unternehmungen: Haftpflichtversicherung, vgl. § 149 f. des Gesetzes über den Versicherungsvertrag vom 30. Mai 1908.

Landesgesetzlich gilt auch noch die Haftung der Gemeinden für Schäden durch Zusammenrottung, Auflauf und Aufruhr [7].

RG. 27. September 1912 Z. f. Rechtspfl. in Bayern VIII S. 461. Eine ausdrückliche Bestimmung in dieser Richtung enthält das Automobilgesetz vom 3. Mai 1909 § 8.

[1] So hat man Armeepferde für „Berufspferde" erklärt, RG. 21. April 1911 Entsch. 76 S. 225, auch Schlächtertiere, Masttiere und dgl., RG. 18. April 1912 Entsch. 79 S. 246, Tiere eines Viehhändlers, RG. 30. September 1912 Z. f. Rechtspfl. in Bayern VIII S. 459.

[2] Das BGB. spricht von Bestellung durch einen Geschäftsherrn. Die Bestimmung trifft daher nicht zu, wenn der Besteller das Werk dem Unternehmer als Geschäftsherrn überlassen und anvertraut hat: hier haftet der Unternehmer für seine Leute, nicht der Besteller; z. B. eine Kurverwaltung bestellt ein Feuerwerk, und bei dessen Abbrennen wird jemand beschädigt. Unrichtig RG. 24. September 1906 Deutsche Juristenzeitung XI S. 1262, welches die Kurverwaltung nach § 278 haftbar machen wollte, weil sie dem Publikum (gegen Eintrittsgeld) den Eintritt gestattete: dies ist unrichtig; wenn der Kurverein dem Publikum den Eintritt zu den Kurveranstaltungen gestattet, so ist er deshalb ebensowenig der „Leistende" (§ 278), wie wenn er einen Sänger engagiert, bei dessen Darbietungen die Leute in Ohnmacht fallen; er ist auch nicht der Geschäftsherr (§ 831), falls er die Arrangements einem Impressario überläßt.

[3] Vgl. mein Werk Unlauterer Wettbewerb S. 290.

[4] RG. 14. Dezember 1911 Entsch. 78 S. 107.

[5] Vgl. RG. 30. Dezember 1901 Entsch. 50 S. 60.

[6] So neuerdings Entsch. des RG. 27. November 1913: wenn der Vater das Kind ohne Beaufsichtigung mit einer Armbrust spielen läßt, so haftet er, falls dieses einem Menschen das Auge ausschießt. Auch wenn seinem Spielgenossen? seinem eigenen Bruder?

[7] Z. B. Preußen 11. März 1850 (hierzu RG. 17. Dezember 1907 Entsch. 67 S. 236), Bayern 12. März 1850 (AusfG. zum BGB. Art. 142). Die Bestimmung geht auf den uralten Gedanken zurück, daß die Gemeinschaft für Schäden aufkommen müsse, für die sonst kein Ersatz zu erlangen ist; er findet sich fast überall in den italienischen Statuten, z. B. Viterbo (1251) IV 29, Casale (14. Jahrh.) in Mon. hist. patr. I p. 993, Salò 1386 Art. 100 (Bettoni, Storia di Salò IV p. 172), Piacenza 1391 IV 8 (Mon. hist. ad prov. Parm. pert. I 6 p. 366 f.), Mirandola IV 125 (Gesetz v. 1471), Ferrara (1534) p. 187 u. a.

D. Familienrecht.

1. Eherecht.

§ 92. Das Eherecht ist in neuzeitlicher Weise gestaltet worden, also 1. in streng monogamischer Weise; 2. in der Art, daß bei der Eheschließung die volle Freiheit der Brautleute gesichert ist; 3. in der Weise, daß die Eheschließung unter staatlicher Aufsicht steht und unter Zuziehung eines staatlichen Beamten vorgenommen wird; und endlich 4. in der Art, daß sie eine Ehe auf Lebenszeit ist, aber mit der Möglichkeit, unter ganz bestimmten Umständen eine Lösung herbeizuführen. Diese Anforderungen waren durch das moderne Kulturbewußtsein gegeben, und das Bürgerliche Gesetzbuch hatte darum nur im einzelnen zu regeln und auszugestalten.

Was die monogamische Seite der Ehe betrifft, so ist festgehalten, daß ein Nebeneinanderbestehen zweier gültiger Ehen niemals, auch nicht einmal einen Moment möglich ist[1]. Selbst im Falle der Todeserklärung ist durch die gesetzliche Bestimmung dafür gesorgt, daß eine solche Kollision vermieden wird: die Todeserklärung gestattet eine zweite Ehe; durch die zweite Ehe aber wird die erste aufgehoben, § 1348.

2. Die Eheschließung ist frei; daraus geht hervor,

1. die Verlobung, d. h. der Eintritt in eine Familienbeziehung, um eine Persönlichkeit näher kennen zu lernen und sich danach über die Eheschließung schlüssig zu werden, bringt keine Verpflichtung zur Eheschließung mit sich; daß unter Umständen eine Schadenersatzpflicht entsteht, beruht auf besonderen Gründen. Im übrigen ist die Materie weder in Deutschland (§§ 1297 f.) noch in der Schweiz (§§ 90 f.) tadelsfrei geregelt[2].

2. Es ist dem modernen Sinn selbstverständlich, daß weder der Sohn noch die Tochter von Eltern oder Agnaten verheiratet werden darf. Allerdings gilt die negative Bestimmung, daß sie unter Umständen trotz ihrer Geschäftsfähigkeit die Zustimmung (Einwilligung) der Eltern haben müssen; denn auch ein volljähriges Kind bedarf bis zum 21. Lebensjahr der Einwilligung des Vaters (bzw. der unehelichen Mutter) (§ 1305), eine Bestimmung, die aber regelmäßig nur dann von Bedeutung ist, wenn ein Kind durch Volljährigkeitserklärung vor dem 21. Jahr volljährig wird; die Nichtbefolgung dieser Vorschrift aber bewirkt keine Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit, und außerdem kann das Vormundschaftsgericht die mangelnde Einwilligung ersetzen (§ 1308)[3].

Die staatliche Aufsicht über die Ehe ist in der Art durchgeführt, daß es weder eine Privatehe gibt, wie früher im kanonischen Rechte, noch eine kirchliche Eheschließung, wie im kirchlichen Recht nach dem Tridentinum und der constitutio Ne temere[4], sondern nur eine Eheschließung

[1] Wie, wenn ein Ehegatte nach rechtsgültig geschiedener Ehe wieder heiratet und sodann das Scheidungsurteil auf dem Wege der Restitutionsklage aufgehoben wird? Die Scheidung und die neue Ehe bleibt trotz des Restitutionsurteils bestehen; das neue Urteil kann nur Vermögensfolge haben, denn die Scheidung ist mit der Rechtskraft vollzogen, Rhein. Z. I S. 42.

[2] Vgl. Glaser, Rechtliche Natur des Verlöbnisses (1904) S. 80 f., wo auch weitere Literatur, Ullrich, Unterfällt das Verlöbnis den allgemeinen Sätzen über Verträge (1912) S. 41f. Über die frühere kantonale Gesetzgebung der Schweiz vgl. Zihlmann, Verlöbnisbruch (1902) S. 38 f. Im übrigen vgl. OLG. Hamburg 14. Februar 1907 Mugdan XIV S. 243, und über § 1300 vgl. OLG. Karlsruhe 25. November 1910 Bad. Rechtspraxis 78 S. 117, über Rücktritt wegen früherer geschlechtlicher Erkrankung OLG. Jena 30. Mai 1911 Seuffert Arch. 66 Nr. 212.

[3] Außerdem ist hier der Fall bedeutsam, wenn der Vater ausnahmsweise nicht der gesetzliche Vertreter ist, mithin nicht er, sondern der Vormund zur Ehe des Minderjährigen seine Zustimmung zu geben hat: er muß nun trotzdem um seine Einwilligung befragt werden, — eine höchst verkehrte Bestimmung, wodurch das Kind genötigt ist, sich um die Zustimmung eines vielleicht völlig vertierten Menschen zu bemühen, dem man die elterliche Gewalt entzogen hat. Im kanonischen Recht hat die Frage der Bedeutung der väterlichen Einwilligung eine lange Geschichte; das Tridentinum verwarf die Ansicht, welche die Einwilligung zu einem Erfordernis der Ehe machte; vgl. Köstler, Väterliche Ehebewilligung (1908) S. 63 f., 155.

[4] Vgl. auch Balog, Eheformvorschriften der Dekrete Tametsi und Ne temere (1910), Leitner, Verlobungs- und Eheschließungsform nach dem Dekrete Ne temere (1908), Schmöger, Form der Ehekonsenserklärung . . . nach dem römischen Dekrete Ne temere (1908), Heiner, Das neue Verlöbnis- und Eheschließungsrecht der katholischen Kirche (1908), Knecht, Die neuen

unter Mitwirkung des Standesbeamten. Diese Mitwirkung hat aber nicht bloß die Bedeutung, daß der Standesbeamte für die Form der Ehe tätig sein muß, sondern daß er auch zu prüfen hat, ob der Ehe keinerlei Hindernis im Wege steht, weshalb das Publikum durch Aufgebot noch besonders auf die bevorstehende Eheschließung aufmerksam gemacht werden soll. In dieser und manchen anderen Beziehungen besteht das Personenstandsgesetz vom 6. Februar 1875 weiter (PStG. §§ 44—48). Der Standesbeamte haftet für die Prüfung disziplinär, ja unter Umständen selbst strafrechtlich (§ 69 PStG. und § 338 StGB.). Lehnt er eine Eheschließung ab, so entscheidet das Amtsgericht, vorbehaltlich der Beschwerde (§ 11 PStG., §§ 186, 69, 19 GfG.).

§ 93. Besser als viele andere Gesetze hat das BGB. den Unterschied zwischen einer Nichtehe und einer nichtigen Ehe herausgebildet[1]. Fehlt es an der in § 1317 des BGB. bestimmten Form, ist also kein Standesbeamter anwesend, auch nicht ein Quasi-Standesbeamter im Sinne des § 1319[2], oder haben die beiden Teile nicht persönlich bei gleichzeitiger Anwesenheit ihren Ehewillen ausgesprochen, oder hat der Standesbeamte die Erklärung zurückgewiesen, so ist keine Ehe vorhanden. Jedoch gilt dies nur unter Vorbehalt; denn wenn trotzdem ein Eintrag ins Heiratsregister stattgefunden hat, dann ist das juristische Nichts zu einer bestimmten Wesenheit vorgeschritten: die Nichtehe ist zu einer nichtigen Ehe geworden.

Der Unterschied zwischen Nichtehe und nichtiger Ehe ist wichtig. Eine Nichtehe kann niemals als sog. Putativehe gelten, während die nichtige Ehe dann eine Putativehe ist, wenn wenigstens der eine Ehegatte in gutem Glauben war (§ 1699 BGB.)[3]; die Folge der Putativehe ist, daß die Kinder eheliche Kinder sind und gegenüber den Ehegatten und der Familie alle Rechte der ehelichen Kindern haben, während die Rechte der Eltern gegen sie teilweise davon abhängen, ob der Elternteil in gutem oder bösem Glauben war. Außerdem gilt der Satz, daß eine nichtige Ehe Dritten gegenüber gewisse Rechtsfolgen zeitigt: hat ein Rechtsverkehr oder Prozeßverkehr mit einem Dritten stattgefunden, dann ist die nichtige Ehe, was Recht und Prozeß betrifft, diesem Dritten gegenüber wirksam, sofern er in gutem Glauben gehandelt hat: also beispielsweise wenn der Ehemann Rechtsgeschäfte in bezug auf das eingebrachte Vermögen der Frau oder das Gesamtvermögen eingegangen hat, welche eigentlich nach Maßgabe der Nichtigkeit der Ehe unwirksam sind, weil es bei der nichtigen Ehe an einem Nutznießungs- und Verwaltungsrecht des Ehemannes oder einem Gesamtvermögen fehlt (§ 1344). Diese Folgen treten ein, wenn der Dritte es so haben will (doppelte Rechtsordnung). Auch noch andere, teils zivilrechtliche, teils prozessualische Unterschiede bestehen zwischen der nichtigen und nichtexistierenden Ehe[4]). Insbesondere gilt folgendes: Ist eine Nichtehe ins Heiratsregister eingetragen und damit zur nichtigen Ehe geworden, dann kann sie geheilt werden; sie wird geheilt durch ein Zusammenleben von zehn Jahren, und wenn ein Ehegatte vorher gestorben ist, so genügt sogar ein dreijähriges Zusammenleben (§ 1324 BGB.).

Über die sonstigen Vermögensfolgen der nichtigen Ehe vgl. § 1345 BGB. Hiernach und auch aus anderen Gründen ist es bedeutsam, daß auch eine geschiedene Ehe für nichtig erklärt werden kann[5]).

Nichtigkeit der Ehe liegt vor, wenn bei ihrer Abschließung ein Teil geschäftsunfähig war oder sich in einem das Bewußtsein aufhebenden Zustande befand, oder wenn gegen die

eherechtlichen Dekrete (1908). Die Benedictio nuptialis hat sich vor dem Trienter Konzil in Italien nur wenig durchgesetzt, stärker in Frankreich; vgl. Salvioli, Arch. giurid. **53** p. 173, und über die Coutume von Poitou vgl. meine Besprechung in Z. f. Volkskunde 1914 S. 99.

[1] Vgl. Menge, Arch. f. ziv. Praxis **102** S. 460.

[2] Ein als Standesbeamter öffentlich fungierender Mann steht, solange nicht von Staats halber dagegen eingeschritten wird, einem Standesbeamten gleich, nach den allgemeinen Regeln des Beamtenrechts, § 1319. Vgl. meinen Aufsatz Berliner Tagebl. 1914 Nr. 203.

[3] Maßgebend ist für den guten Glauben lediglich der Moment der Eheschließung, nicht die spätere Zeit; vgl. Horn, Rechtsstellung der Putativkinder (1912) S. 42. Übrigens ist das ganze Erfordernis des guten Glaubens, wo es auf die Stellung der Kinder ankommt, ohne jede Ratio. Richtig das Schweizer GB. S. 133 und der ungarische Entwurf § 91: ehelich ist hiernach das Kind, wenn auch die Ehe nichtig oder infolge einer Anfechtung ungültig ist. Vgl. unten S. 161.

[4] Auch bei einer nichtigen Ehe hat der Ehegatte das Zeugnisverweigerungsrecht, RG. 12. Februar 1907 Goltd. Arch. **54** S. 294, nicht aber bei einer Nichtehe.

[5] Die Anfechtung einer geschiedenen Ehe ist allerdings nur ausnahmsweise möglich, § 1338 BGB. Vgl. auch Mitteis, Zwei Fragen aus dem bürgerlichen Recht (1905) S. 4 f.

Grundsätze der Monogamie verstoßen ist, sofern einer der Ehegatten noch in gültiger Ehe lebt, oder wenn sich die Ehe schwer gegen die Grundsätze der Exogamie verfehlt (§§ 1325 f.). In letzterer Beziehung verhält es sich wie folgt: es ist eine uralte Rechtsbestimmung, daß gewisse Verwandte einander nicht heiraten dürfen: das Verbot reicht in die Urzeiten unseres Geschlechts zurück[1], hat aber nachträglich einen ganz andern Charakter angenommen. Der Grund liegt heutzutage im Bestreben, die Familie rein zu erhalten, er liegt ferner in der Befürchtung, daß die Ehe in der Verwandtschaft der Generation schädlich sein könne, er liegt endlich in dem berechtigten Bestreben, die Familien sich möglichst nahezubringen und eine Anschließung der verschiedenen Gruppen der Bevölkerung zu erzielen. Ein weiterer Grund ist in folgendem zu suchen: Es ist eine ethische Verarmung, wenn Familienbeziehungen miteinander kumuliert werden, die nicht zueinander passen, so daß die eine Beziehung die andere abstumpft: der Bruder soll nicht zu gleicher Zeit Ehemann sein; eines steht dem anderen im Wege[2]. Aus diesen Gründen hat man auch für unser Rechtsleben eine gewisse Exogamie für unerläßlich erachtet und eine Eheschließung in der nächsten Verwandtschaft verboten. Allerdings hat das BGB. das Verbot bedeutend eingeschränkt: es verbietet nur die Ehe in gerader Linie und zwischen Geschwistern, und die Ehe zwischen Verschwägerten in gerader Linie bei Nichtigkeit (§§ 1310, 1327 BGB.). Und doch ist die Ehe zwischen Tante und Neffe unserer Anschauung recht zuwider, auch die zwischen Onkel und Nichte[3]. Dagegen gestatten wir die nun auch in England zugelassene Ehe mit der Schwester der verstorbenen Frau; das in England bis ins Jahr 1907 aufrecht erhaltene Verbot ging bekanntlich auf unrichtige Bibelauslegung zurück[4]. Eigenartig ist das Eheverbot wegen unehelicher Schwägerschaft: es soll niemand eine Persönlichkeit heiraten, mit der sein Vorfahre oder sein Abkömmling in Geschlechtsverbindung gestanden hat[5]; doch ist dies nur ein aufschiebendes Hindernis, und wenn die Ehe trotzdem abgeschlossen worden ist, so ist sie gültig (§§ 1310, 1327 BGB.).

Ein anderes Nichtigkeit begründendes Ehehindernis, das unter den Kulturstaaten weit verbreitet, aber allerdings dem englischen und amerikanischen Rechte unbekannt ist, ist das Verbot der Ehe mit dem Ehebrecher, sofern er im Scheidungsurteil als Ehebrecher erklärt worden ist. Dieses Verbot hat Nichtigkeit zur Folge; doch soll Dispensation („Befreiung") möglich sein, und auch eine nachträgliche Dispensation soll die Nichtigkeit heilen (§§ 1312, 1328 BGB.).

Hiernach ist es klar, daß unter Umständen auch eine nichtige Ehe geheilt werden kann (so auch nach § 1325); dies ist eine Ausnahme von der Regel; auffallend ist es nur, daß, wenn man doch derartige Ausnahmen machte, man nicht auch bestimmt hat, daß eine wegen Bigamie nichtige Ehe durch den Tod des ersten Ehegatten geheilt werden kann, was das Schweizer Gesetzbuch § 122 für den Fall des guten Glaubens mit Recht angenommen hat.

Anfechtbar ist die Ehe im Falle von Zwang, Betrug und Irrung. Aber nicht jede Irrung soll genügen; das kanonische Recht verlangt sogar, daß die Irrung sich auf die Person beziehe, es läßt eine Anfechtung nur zu, wenn man sich einer anderen Person anvermählt, als man im Sinne hatte[6]; nach unserem Rechte genügt ein Irrtum über gewisse Eigenschaften: es müssen aber persönliche Eigenschaften sein, deren Kenntnis bei verständiger Würdigung den Eheschließenden von der Ehe zurückgehalten hätte[7]; also würde beispielsweise ein Irrtum über

[1] Enzyklopädie I S. 27, Lehrbuch der Rechtsphilosophie S. 70.

[2] Manche Völker: die Perser, die Ägypter, die Griechen, dachten anders; sie kannten die Geschwisterehe.

[3] Das jüdische Recht verbietet die erste, nicht auch die letztere.

[4] Vgl. An act to amend the Law relating to marriage with a deceased wife's sister vom 28. August 1907.

[5] Die Tochter soll nicht den früheren Liebhaber der Mutter, die Mutter nicht den früheren Liebhaber der Tochter, der Sohn nicht die frühere Mätresse seines Vaters heiraten.

[6] Hierher gehört auch ein error qualitatis in personam redundans: er liegt vor, wenn man eine Person nur nach einem bestimmten Umstande individualisiert und dieser Umstand nicht zutrifft (man heiratet die eben zugereiste, sonst unbekannte Tochter des A.; sie ist seine Nichte).

[7] Wegen früherer Päderastie? Vgl. RG. 6. Oktober 1902 LII S. 306. Wegen Geschlechtskrankheit? Heller, Ist ... Syphilis ... ein Grund zur Trennung der Ehe, Berliner Klin. Wochenschrift 1901 Nr. 46 und die hier zitierten französischen Entscheidungen. Wegen Tuberkulose? Vgl. Neubecker, Monatsschrift Tuberkulosis S. 13 f. und im Arch. f. b. R. XXXI S. 270 f. Wegen Vaginismus? Vgl. RG. 16. Oktober 1911 Warneyer 1912 Nr. 32. Wegen relativer Impotenz? Ja, denn es kommt die Potenz oder Impotenz für die betreffende Ehe in Betracht, RG. 12. April 1911 Warneyer Ergänzung 1911 S. 373.

Adel oder über die eheliche oder uneheliche Abstammung der Person nicht in Betracht kommen, denn es widerspricht der verständigen Würdigung der Ehe, andere als individuelle Eigenschaften des Verlobten entscheiden zu lassen; man heiratet die Person und nicht ihre Familie. Aber auch ein Irrtum über Staatsangehörigkeit oder Konfession kommt nicht in Betracht, ein Irrtum über die Rasse nur, wenn es sich um eine minderwertige Rasse handelt (Negerblut), nicht aber ein Irrtum über indogermanische oder semitische Abkunft; in Betracht kommt dagegen ein Irrtum, ob eine Person ledig, verheiratet, geschieden oder der Ehegatte eines Verschollenen ist [1]. Auch bei Betrug ist nicht jede durch Täuschung herbeigeführte Irrung bedeutsam, sondern nur eine solche, welche Umstände betrifft, die bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe von der Ehe abgehalten hätten. Hier können Umstände in Betracht kommen, die nicht persönliche Eigenschaften betreffen, z. B. wenn man dem Bräutigam vorspiegelt, die Ehe sei ein dringender Wunsch seines Vaters gewesen, oder wenn der Bräutigam behauptet, der Familie einen großen Dienst geleistet zu haben. Irrtum über Vermögensverhältnisse, auch wenn auf arglistiger Täuschung beruhend, kommt nicht in Betracht; denn die Rechtsordnung würde das Institut der Ehe entwürdigen, wollte sie den Vermögensberechnungen irgendwelchen Einfluß auf die Gültigkeit der Ehe zuschreiben; allerdings kann, wenn der Verlobte bei einer solchen Arglist beteiligt war, dies als eine so niedrige Gesinnung betrachtet werden, daß ihre Kenntnis den andern Teil bei verständiger Würdigung der Sachlage von der Ehe zurückgehalten hätte; dann liegt aber der Anfechtungsgrund in der ethischen Gesinnung: er wäre auch gegeben, wenn etwa durch nachträgliche Umstände die Vermögensverhältnisse sich gebessert hätten. Ein anderer Grund der Anfechtung besteht darin, daß ein Geschäftsbeschränkter eine Ehe ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters einging. Sollte übrigens auch hier keine Anfechtung stattfinden, so hätte dies doch Einfluß auf das Güterverhältnis; denn wenn die Verlobte geschäftsbeschränkt war und ohne gesetzliche Zustimmung heiratete, so erlangt der Ehemann nicht die üblichen Rechte an ihrem Vermögen, und es tritt Gütertrennung ein (§ 1346 BGB.).

Die Anfechtung muß innerhalb sechs Monaten, und zwar durch gerichtliche Klage geltend gemacht werden, dies wenigstens, sofern der andere Ehegatte noch lebt; ist der andere Ehegatte gestorben, so geschieht die Anfechtung durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht. Ist die Ehe in anderer Weise gelöst, dann ist eine Anfechtung nicht mehr möglich, so namentlich nicht, wenn der anfechtungsberechtigte Ehegatte stirbt: seinen Erben steht die Anfechtung nicht zu, §§ 1338, 1339, 1341, 1342 BGB. Die Anfechtungsbefugnis erlischt durch Bestätigung der Ehe, § 1337 [2].

§ 94. Die Stellung der Ehegatten ist in vielen, nicht in allen Punkten den neuzeitlichen Gedanken gemäß geregelt [3]. Unser Recht hat die Mundgewalt des Mannes, welche zu einer Geschäftsbeschränkung der Ehefrau geführt hatte, aufgehoben: die Frau ist vollkommen geschäftsfähig und bleibt es trotz der Ehe. Auf der anderen Seite hat man eine Gleichstellung beider Teile nicht für angezeigt erachtet, der Erwägung entsprechend, daß sonst, sobald unter den Ehegatten keine Einhelligkeit erzielt wird, dritte Mächte herangezogen werden müßten, um die Differenz zu begütigen. Vielmehr geht man davon aus, daß der Ehemann noch ein über-

[1] Vgl. Rietschel, Arch. f. ziv. Praxis **104** S. 362, Seidlmeyer, Jahrb. f. Dogm. 46 S. 217. Über Virginität der Braut vgl. OLG. Kolmar 19. Oktober 1909 Z. Elf.-Lothr. **35** S. 423 (nach Bildung und Gesellschaftskreis als Anfechtungsgrund anzuerkennen).

[2] Eine Bestätigung liegt in der vorbehaltlosen Fortsetzung der Ehe nach (genügender) Erkundung des Sachverhalts. Ein besonderes Bewußtsein des Anfechtungsrechts ist nicht nötig, es genügt das Bewußtsein der Unzukömmlichkeit, welche zur Anfechtung Anlaß gibt; vgl. RG. 12. November 1908 Entsch. 69 S. 410.

[3] Vgl. meine Erklärung in Paungarten, Eheproblem im Spiegel unserer Zeit (1913) S. 54. Das Christentum wurde hier wesentlich von dem Paulinismus beherrscht, wonach die Frau dem Mann untertan sein soll, Coloss. 3,18, I. Corinth. 11,3, Eph. V 22 f.: die subjectio soll aber nicht eine subjectio servilis sein, sondern eine subjectio oeconomica vel civilis secundum quam praesidens utitur subjectis ad eorum utilitatem et bonum, so Thomas von Aquin, Summa I qu. 92 a. 1. Hier waren es nicht die Reformatoren, sondern die Puritaner und Baptisten, welche nach Gleichstellung der Frauen drängten und ihre Stellung hoben. Übrigens sagt auch Leo XIII. in der Encycl. Arcanum (1880): pareat viro in morem non ancillae sed sociae. Vgl. auch Bartsch, Rechtsstellung der Frau (1903) S. 44 f., 58.

wiegendes Bestimmungsrecht hat, und zwar einmal in bezug auf den ehelichen Aufenthalt und sodann auch in anderen Angelegenheiten, welche das gemeinsame eheliche Leben betreffen, also insbesondere was das Geschäftliche, was die Führung des Haushalts, Arbeit und Erholung angeht[1]; während der Frau die Berechtigung gegeben ist, das Hauswesen zu leiten, und ihr regelmäßig die sog. Schlüsselgewalt zusteht, die jedoch vom Manne beschränkt oder aufgehoben werden kann (vgl. §§ 1353 ff. BGB.). Man wird hiernach anzunehmen haben, daß dem Ehemann auch noch ein Brieferöffnungsrecht in bezug auf die an die Frau gerichteten Briefe zusteht, weil die ihm obliegende Aufsichts- und Kontrollgewalt in bezug auf das Hauswesen nur auf diese Weise durchgeführt werden kann. Im übrigen finden die Befugnisse des Mannes eine Schranke an dem Mißbrauch, und ein Mißbrauch liegt dann vor, wenn eine Einrichtung gegen ihren Sinn verwendet wird, oder ohne diejenige Diskretion, welche die anständige Rücksicht auf den anderen Teil verlangt. So, wenn einem Zusammenleben Gesundheitszustände entgegenstehen, wenn ausgemacht worden ist, daß die Ehe nur eine Scheinehe (Rehabilitierungsehe) sein solle, wenn ein Ehegatte die vorausgesetzte kirchliche Trauung verweigert[2]. Eine gerichtliche Entscheidung kann hierüber nur im ganzen ergehen, eine Klage auf Unterlassung des Umgangs mit der einen oder anderen Person oder eine Klage auf reinliches Leben u. dgl. gibt es nicht[3].

In gewissen Fällen allerdings wirkt das Vormundschaftsgericht als Ehegericht[4]: 1. Gegen eine Beschränkung oder Ausschließung der Schlüsselgewalt kann die Frau das Vormundschaftsgericht anrufen (§ 1357). 2. Der Ehemann darf ein (ohne seine Zustimmung) abgeschlossenes[5] Dienstverhältnis der Frau mit Ermächtigung des Vormundschaftsgerichts fristlos kündigen[6], § 1358 BGB., § 53 GfG.[7]; 3. Auch im ehelichen Güterrecht gibt es Fälle, wo das Vormundschaftsgericht eingreifen kann, so §§ 1379, 1402, 1447 BGB.

Die Frau erhält den Namen des Mannes, verliert aber dadurch ihren eigenen Namen nicht, sondern kann ihn überall führen, wo sie ein Interesse hat[8].

§ 95. In der E h e s c h e i d u n g s l e h r e steht das Gesetz noch auf dem Stande, daß die Ehe ein nicht durch die Übereinstimmung beider Teile lösbares Institut ist, daß also die Lösung nur von besonderen, nicht in die Willkür der Ehegatten gestellten Umständen abhängt. In der antiken Welt war die Ehe entweder von seiten jedes der Ehegatten oder wenigstens von seiten des Mannes beliebig lösbar, und daß sie durch den gemeinsamen Willen der Ehegatten zu lösen sei, daran bestand kein Zweifel. Auch in der christlichen Zeit ist daran zunächst nichts Wesentliches geändert worden, wenn man auch allmählich gegen eine nicht durch genügende Gründe

---

[1] Kann er verlangen, daß sich die Frau in eine Heilanstalt begibt? Das RG. hat dies (14. April 1901 Recht VI S. 350) bejaht; allein dies ist nur im Fall dringendster Not gerechtfertigt, weil sonst sicher Mißbrauch des Mannesrechtes vorliegt.

[2] Vgl. auch W e t z e l, Arch. f. b. R. XXVI S. 116. Was den Lebensverkehr betrifft, vgl. meine Abhandlung im Arch. f. ziv. Praxis 111 S. 313 f. Abgesehen hiervon, ist ein Vertrag, getrennt zu leben, unverbindlich, RG. 22. Dezember 1910 Warneyer 1911 S. 113. Die Verweigerung des Zusammenlebens kann ohne jedes Verschulden des andern Teils begründet sein, OLG. Karlsruhe 21. März 1912 Bad. Rechtspraxis 87 S. 85.

[3] RG. 22. April 1909 Seuffert Arch. 65 Nr. 142. Dies habe ich schon vor vielen Jahren dargelegt, Ungehorsam und Vollstreckung (1893) S. 105. Vgl. jetzt auch Arch. f. ziv. Prax. 111 S. 319.

[4] Über den Verbleib der Kinder getrennt lebender Ehegatten entscheidet das Vormundschaftsgericht nicht als Ehegericht, sondern als Obervormundschaft. Vgl. unten S. 154.

[5] Doch kann seine Zustimmung durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden, § 1358 BGB. Die Entscheidungen des Vormundschaftsgerichts sind durch sofortige Beschwerde anfechtbar, §§ 53, 60 GfG.

[6] Man kann hiermit die Bestimmung des kanonischen Rechts in Vergleich setzen, daß der Mann das Gelübde seiner Frau annullieren kann, c. 16 C. 33 qu. 5.

[7] Die Kündigung ist ein Recht, daher besteht keine Schadensersatzpflicht; eine solche kann auch nicht bedungen werden, ebenso keine Vertragsstrafe: denn dies wäre gegen die Zwecke des Gesetzes. Nur gewisse Vorkehrungen, um die Schroffheit des Überganges zu mildern, können ausgemacht werden, denn gewiß müssen auch ohne solche die dringendsten momentanen Umstände berücksichtigt werden (wenn z. B. die Frau als Kinderfrau nicht im Augenblick abkommen kann). Vgl. L i l i e n t h a l, Kündigungsrecht des Ehemannes (1908) S. 46 f., H ö r l e, Arch. f. b. R. XXXI S. 154.

[8] Vgl. meine Abhandlung im Arch. f. ziv. Praxis 107 S. 246; so auch RG. 11. Januar 1912 Warneyer Ergänzung 1912 Nr. 145.

motivierte Lösung Strafen feststellte. Das ist durch den Einfluß der Kirche anders geworden. Zuerst trat die Idee in Kraft, daß die Ehe gar nicht lösbar sei, und sodann ließ man allmählich seit der protestantischen Zeit Lösungen aus bestimmten Gründen zu, vor allem wegen Ehebruchs, vielfach auch wegen böswilligen Verlassens, endlich auch wegen Sävitien, d. h. schwerer persönlicher Unbill; in allen Fällen aber so, daß die Lösung nicht durch bloße Kündigungserklärung des Ehegatten erfolgen darf, sondern durch Klage, welche zu einem Feststellungsurteil führt: diese Klage bringt, wenn durch Feststellungsurteil bestätigt, von selbst die Lösung mit sich, § 1564[1]. Manche Gesetze machten daneben den Versuch, eine Lösung auch durch gemeinsame Übereinstimmung beider Ehegatten zu ermöglichen, so der Code Napoléon; die Nachfolgezeit hat leider diese Ehescheidungsweise, bei welcher es gilt, eine längere Probezeit hindurch den Ehescheidungswillen zu bewähren, nicht weiter ausgebaut[2].

Eine andere Frage ist, ob eine Lösung nicht auch wegen schwerer Erkrankung oder Geisteszerrüttung verlangt werden könne. Dies ist aber nur in ganz besonderen Fällen zu befürworten; denn die Ehe soll eine gegenseitige Hingabe sein auch für Zeiten des Unglücks und auch für Zeiten des allerschwersten persönlichen Unheils, der Krankheit und des Geisteszerfalls. Wo immer die Verhältnisse so angetan sind, daß der eine Ehegatte dem anderen noch helfen und Segen und Trost bieten kann, ist die Lösung der Ehe eine Grausamkeit und dem Wesen des Eheinstituts vollkommen widersprechend; und wenn man hiergegen praktische Gründe angeführt hat, wie z. B. Interessen des Geschäfts, so muß bemerkt werden, daß der Mensch nicht bloß wegen der Wirtschaft auf der Erde ist. Nur wenn die Geisteszerrüttung einen solchen Grad erreicht hat, daß ein unheilbares Ergriffensein von der Krankheit den Zusammenhang zwischen den Ehegatten völlig abschneidet, so daß der Kranke eine geistige Gemeinschaft nimmer erfassen kann, nur dann ist eine Ehelösung innerlich gerechtfertigt.

Das BGB. geht von dem Standpunkte aus, daß die Ehe regelmäßig nur dann zu lösen ist, wenn von seiten eines Ehegatten eine schwere Schuld vorliegt, welche eine so vollständige Trennung des Gemütslebens und eine so überwiegende Entzweiung der Personen bewirkt, daß der Fortbestand der Ehe mit den Erfordernissen der ehelichen Gemeinschaft in Widerspruch stünde: dann und nur dann soll eine Lösung stattfinden. So nimmt denn das BGB. die Lösungsmöglichkeit an im Falle des Ehebruchs[3], im Falle der böslichen Verlassung und in allen den Fällen, wo eine so schwere Unbill vorliegt, daß ein Zusammenleben nur noch äußerlich wäre und der Gemütszusammenhang für immer abgeschnitten erscheint. Dieser letztere Lösungsgrund ist derjenige, der eine Fortbildung zuläßt, und der es ermöglicht, daß Gesetzgeber und Richter sich der fortschreitenden Verfeinerung des Gemütszustandes der Menschen anpassen; denn in Zeiten einer gewissen Derbheit kann vieles hingehen, was ein gebildetes, empfindendes Gemüt nicht mehr ertragen kann; insbesondere kann auch das sittliche Verhalten zur Mitwelt einen schweren Bruch herbeiführen, wenn ein Ehegatte irgend etwas begangen hat, was nach den maßgebenden ethischen Begriffen schwer gegen die Ehre und gegen die Gebote ehrbaren Handelns verstößt. Je sensitiver eine Bevölkerung und namentlich eine Bevölkerungsschicht ist, um so mehr wird hier ein Lösungsgrund oder ein Lösungsbedürfnis angenommen werden können.

[1] Dies will der Satz besagen: „Die Scheidung erfolgt durch Urteil" § 1564. Damit ist nicht gesagt, daß das Urteil die causa efficiens ist, wie Hellwig und andere angenommen haben. Das Gegenteil ergibt sich schon daraus: Ist die Ehescheidung nach Antrag ausgesprochen, so kann der Antragsteller trotzdem Berufung oder Revision einlegen, nur um die Sache wieder ins Schweben zu bringen und die Klage zurückzunehmen; vgl. Enzyklopädie III S. 355.

[2] So wenigstens in Europa. Amerikanische Staaten, z. B. Nicaragua, Uruguay, sind noch viel weiter gegangen. Daß die Abweichung vom Code Napoléon eine Fehler war, darüber vgl. Fuld in Nord und Süd XXXI (1907) S. 219; ferner mein Werk: Recht und Persönlichkeit (1914) S. 45. Die neuesten skandinavischen Entwürfe verfolgen den richtigen Weg.

[3] Die Lösung wegen Ehebruchs hat gewisse Sonderfolgen: die Ehebruchstrafe und das Ehehindernis. Ist daher neben anderen Gründen der Ehebruch festgestellt, so muß er im Urteil als Grund der Ehescheidung mit angeführt werden. Dagegen hat die Judikatur angenommen, daß, wenn andere Gründe sicher sind, der Ehebruch aber noch zweifelhaft bleibt, das Verfahren wegen des Ehebruchs nicht fortgesetzt zu werden braucht, RG. 7. Oktober 1911 Warneyer Ergänzung 1911 S. 521 und 29. Mai 1911 ebenda 1911 S. 460 — mit Recht; die Hauptsache ist Scheidung, die beiden Sonderfolgen sind überhaupt zweifelhafter Natur. Gegen die Ehebruchsstrafen vgl. meine Abh. im Arch. f. ziv. Praxis 111 Nr. 319.

Namentlich kann auch der Fall der schuldhaften geschlechtlichen Ansteckung als schwere Unbill in Betracht kommen, auch dann, wenn solche auf sonstige Laster, nicht auf Ehebruch, zurückzuführen ist. So ist der § 1568 BGB. derjenige, der in der Zukunft unsere Lehre beherrschen wird [1].

Die Lösung durch beiderseitige Einwilligung hat also das BGB. nicht angenommen. Doch hat man dafür einen Ersatz im sog. böslichen Verlassen: wenn sich der eine Ehegatte vom anderen trennt und, nachdem eine Klage auf Fortsetzung der Ehe erfolglos gewesen ist, ein ganzes Jahr ausbleibt, so kann nach § 1567 die Ehe gelöst werden. Allerdings spricht das Gesetz vom böslichen Verlassen, von Fernbleiben in böslicher Absicht, allein dies kann in der Weise gedeutet werden, daß ein Fernbleiben mit einer auf Lösung der Ehe gerichteten Absicht genügt [2].

Was aber die Geisteskrankheit betrifft, so hat das BGB. den obigen Erwägungen teilweise entsprochen. Es verlangt (ähnlich dem badischen Recht) eine mindestens dreijährige, als unheilbar erklärte Geisteskrankheit, die eine solche Gestaltung angenommen hat, daß eine geistige Gemeinschaft unter den Ehegatten nicht mehr möglich ist [3]. Die Frist von drei Jahren aber ist überflüssig oder doch zu lange. Jedenfalls muß es genügen, wenn die drei Jahre während des Ehescheidungsprozesses ablaufen.

Über die Verjährung vgl. § 1571 [4].

§ 96. Über die Folgen der Scheidung für den Namen siehe § 1577, für das Vermögen §§ 1578 f., für die Kinder §§ 1635, 1636 [5].

§ 97. Neben der Ehescheidung gibt das BGB., ähnlich wie der Code Napoléon, im Interesse der Katholiken eine Trennung von Tisch und Bett (séparation de corps), welche man als Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft bezeichnet hat. Hier bleibt die Ehe bestehen, aber die Pflicht des gemeinschaftlichen Lebens hört auf — eine Halbheit, welche nach zwei Richtungen hin einem Definitivum Raum geben kann: entweder treten die Ehegatten wieder in das gemeinschaftliche Leben ein, dann beginnt wieder die normale Ehe; oder ein Ehegatte beantragt die Umwandlung des Halbsystems in die Ehescheidung, §§ 1575, 1576, 1586, 1587 BGB. Eine Ansicht, welche annimmt, es handle sich hier um eine wirkliche Ehescheidung, nur mit bestehendem Eheverbot, widerspricht den Zwecken des Instituts und seiner Geschichte. Die Katholiken hätten Steine statt Brot erhalten [6].

2. Ehegüterrecht.

§ 98. Auch die indogermanischen Stämme machten die Entwicklung durch, daß alles Vermögen, auch das der Frau, in das Familienvermögen und dadurch mehr oder minder in die Verfügung des Ehemannes gelangte. Eine spätere Bildung führte zu demjenigen, was man eheliche Gütergemeinschaft heißt. Sie ist namentlich bei den Kelten in Übung

[1] Vgl. darüber Heß, Insidien und Sävitien als Ehescheidungsgrund (1912) S. 71 f., Muser, Ehescheidungsgründe (1913) S. 67 f., OLG. Dresden 4. Mai 1906 Mugdan XIV S. 239.

[2] Es haben daher die Gerichte wenig Verständnis für die Notwendigkeit dieser Rechtsentwickelung gezeigt, wenn sie den § 1367 nach der Richtung deuten wollten, daß er nicht zu einer Scheidung nach gemeinsamer Absicht führen dürfe. Man hat beispielsweise angenommen, daß, wenn der eine Ehegatte (dem inneren Wunsch des anderen entsprechend) fern blieb, dies nicht ein Ausbleiben im Sinne des § 1367 sei u. a. Näheres darüber im III. Bande meines Lehrbuchs. Vgl. auch RG. 27. Oktober 1910 Warneyer Ergänzung 1911 S. 47 und die hier zitierten Entscheidungen. Über das Geschichtliche vgl. Grego im Archivio giurid. 51 p. 11 f.

[3] Vgl. OLG. Köln 23. März 1901 Mugdan II S. 326. Doch wird vollkommene Verblödung nicht verlangt; es sollen solche Wahnvorstellungen genügen, welche ein Zusammenleben ausschließen. RG. 16. Februar 1911 Warneyer Ergänzung 1911 S. 280. Aber es kommt hier immerhin in Betracht, ob nicht der andere Ehegatte durch sein Zusammenleben die Lage des Kranken verbessern oder erträglicher gestalten kann.

[4] Die Verjährung beginnt mit der (vollen) Kenntnis der Tatsache, nicht etwa erst mit dem Moment, in welchem man sie als ehezerrüttend empfindet, RG. 11. Oktober 1909 Seuffert Arch. **65** Nr. 247.

[5] Diese Bestimmungen lassen zu wünschen übrig, namentlich ist die Frau viel zu ungünstig behandelt. Daß eine Vereinbarung über die Kindererziehung rechtlich nicht bindend ist, sagt zutreffend RG. 13. März 1905 Entsch. 60 S. 266. So auch Kiel 22. Februar 1902 Seuffert 58 Nr. 215, Bamberg 26. August 1903 Seuffert 59 Nr. 38.

[6] Vgl. auch Rauch, Separatio perpetua und Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft (1908), S. 20 f., Fraut, Arch. f. ziv. Praxis **98** S. 441.

gewesen: hier wird das Vermögen zwar auch eine Einheit, aber die Einheit steht nicht mehr dem Ehemann allein zu, sondern den beiden Ehegatten zusammen. Doch entringt sich auch hier nur allmählich das Vermögen der Herrschaft des Mannes: lange Zeit wird die Gütergemeinschaft so aufgefaßt, daß der Mann während der Ehe der einzig Berechtigte sei und erst bei Lösung der Ehe, dann aber von selbst, eine Gemeinschaft der Güter eintrete, welche Gemeinschaft auch durch letztwillige Verfügung des Mannes nicht angetastet werden könne. Bei diesem System hat natürlich der Ehemann während der Ehe die allerfreieste Verfügung über das Gemeinschaftsvermögen, und es haftet den Gläubigern des Ehemannes ganz wie sein eigenes [1]: überhaupt besteht kein Unterschied zwischen Gemeinschaftsschulden und Schulden des Ehemannes.

Man hat diese Auffassung der Gütergemeinschaft aufgegeben [2], aber in einer Reihe von Folgeerscheinungen wirkt die ursprüngliche Idee nach; im übrigen nimmt man heutzutage an, daß die Ehefrau schon während der Ehe Miteigentümerin ist.

Die Gütergemeinschaft empfiehlt sich einesteils durch die Anpassung an den Gedanken der ehelichen Gemeinschaft, welche nicht bei den Personen stehen bleibt, sondern auch das Vermögen ergreift; sie führt zu dem Erfolg, daß die Ehegatten gleich reich sind, daß sie allen Erwerb und allen Verlust miteinander teilen, daß insbesondere neben dem mehr produktiven Erwerb des Mannes die weniger produktive, aber doch sehr bedeutsame, erhaltende, anregende, fördernde Tätigkeit der Frau mit zur Geltung kommt.

Anderseits liefert sie die Frau und ihren Erwerb mehr oder minder dem Manne aus; denn man muß diesem, soll nicht der ganze Nerv des Vermögens fehlen, eine mehr oder minder starke Verfügungsgewalt geben [3]; ein rücksichtsloser Mann kann daher seiner Frau alles entziehen, nicht nur, was an Gemeinschaftsvermögen vorhanden ist, sondern auch, was sie weiter erwirbt; denn auch das fällt in die Gemeinschaft. Außerdem kann man die Haftung des Gemeinschaftsvermögens für die Schulden des Mannes nicht umgehen; darin liegt aber eine starke Gefahr: die Frau ist den Gläubigern des Mannes auf Gnade und Ungnade preisgegeben, und wenn der Mann in Konkurs kommt, so ist ihre ganze Habe dahin. Aber auch für den Mann hat wenigstens die allgemeine Gütergemeinschaft ihre großen Gefahren; denn tritt die Frau mit Schulden in die Ehe, so übernimmt der Mann mit ihrem Vermögen auch ihre Passiven und kann so am Tage nach der Ehe ein Bettler sein.

Dies zeigt die großen Nachteile des Gütergemeinschaftssystems und spricht gegen seine Zweckmäßigkeit. Es weist einen Scheinidealismus auf, der sich an den Umständen des Lebens bricht; wenigstens, wenn wir nicht sehr einfache, sondern verwickelte Verhältnisse mit mehr oder

---

[1] Nur Verfügungen von Todes wegen unterlagen schon von alters her gewissen Beschränkungen: man verlangte bald unbedingt die Zustimmung der Frau, bald mindestens dann, wenn der Verfügende nicht mehr im Vollbesitz seiner Kräfte war; so beispielsweise in Nürnberg im 13. und 14. Jahrhundert (Bader, Nürnberger Polizeiverordnungen, S. 17 f.).

[2] Sie war besonders die Auffassung des mittelalterlichen französischen Rechts; vgl. Art. 225 Cout. de Paris und die reiche Literatur und Parallelstellen, die in Ferrière, Corps et compilation de tous les commentateurs sur la coutume de Paris (2 Ed. 1714) III p. 230, 231 erwähnt sind. In der Coutume de Normandie 1583 a. 330, 389 war die Gütergemeinschaft ausgeschlossen und konnte auch nicht bedungen werden.

[3] Das BGB. hat die Verfügungsmacht des Mannes allerdings dadurch beschränkt, daß er zur Verfügung über Grundstücke und zu Schenkungen der Einwilligung der Frau bedarf (§ 1445 f.). Eine Verfügung über Grundstücke liegt aber nicht vor, wenn er ein Grundstück erwirbt und es mit dem Kaufpreis belastet, denn beides bildet wirtschaftlich eine untrennbare Einheit; so Kammergericht 11. März 1901 Mugdan II S. 359; so LG. Metz 1. September 1900, 15. November 1900, 25. Februar 1901, Ztschr. f. Elsaß-Lothr. XXVI S. 158, 165, 348, OLG. Kolmar 14. Oktober 1907 Mugdan XV S. 407; unrichtig Oberstes LG. München 22. Februar 1901 Mugdan II S. 361 und vom 8. Mai 1908; richtig jetzt RG. 8. Juli 1908 Entsch. 69 S. 177. Zutreffend hat man auf die Rechtsähnlichkeit der Prokuristenvollmacht (OLG. Dresden 29. Juni 1885 Busch 47 S. 62) hingewiesen. Die Zustimmung der Frau kann allerdings durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden, wenn die ordnungsgemäße Verwaltung eine solche Verfügung erheischt, § 1447; vgl. Kammergericht 30. Dezember 1901 Mugdan IV S. 346, 9. August 1901, ebenda IV S. 406. Ein eigenartiger Trick besteht darin, daß man dem Ehemann eine schwere Vertragsstrafe auferlegt, falls er die Zustimmung der Ehefrau nicht beibringt; die Vertragsstrafe würde aber das Gesamtgut und damit die Ehefrau mit belasten; ein solcher Vertrag ist unzulässig, OLG. Posen 31. Mai 1907 Mugdan XV S. 407.

minder großem Risiko ins Auge fassen. Übrigens gelten diese Schattenseiten in vollem Maße nur von der allgemeinen Gütergemeinschaft und mehr oder minder auch von der Fahrnisgemeinschaft. Die Errungenschaftsgemeinschaft ist weniger bedenklich: hier fällt das vorhandene Vermögen nicht in die Gemeinschaft, sondern nur der Erwerb, und es ist daher nicht zu befürchten, daß man durch die vorehelichen Schulden der Ehefrau Hab und Gut verliert. Anderseits tritt der große Vorteil der Frau, daß sie an dem Erwerb des Mannes unbeschränkt teilnimmt, hier ganz besonders hervor. Nicht selten schließen die Ehegatten die Ehe ohne erhebliches Vermögen und kommen später zu reichlichem Erwerb: an diesem ist gemeinhin der Mann durch seine Erwerbstätigkeit in erster Linie beteiligt, aber auch die Frau hat durch Sparsamkeit, Wirtschaft und dadurch, daß sie den Ehemann stets erwerbsfähig erhielt, große Verdienste; eine Teilung des Erwerbs zu halb und halb ist dann allerdings vielleicht ungerecht, gerechter wäre, wie bei manchen orientalischen Völkern, eine Teilung zu zwei Dritteln und einem Drittel. Doch bleibt hier immer der Mißstand übrig, daß der gemeinsame Erwerb für die Schulden des Mannes haftet; ist daher die Frau selbst Erwerbstreibende, dann hat sie zu gewärtigen, daß alles, was sie mit Mühe erspart und errungen hat, den Gläubigern des Mannes mit aufgeopfert wird.

§ 99. Ein anderes System hat sich in manchen Teilen Deutschlands mit scharfer Folgerichtigkeit entwickelt; es ist aber auch sonst im Leben der Völker viel verbreitet. Ebenso wie das Vermögen der Kinder in die elterliche Nutznießung kommt, so läßt man das Vermögen der Ehefrau in die V e r f ü g u n g s n u t z n i e ß u n g d e s M a n n e s gelangen. Dadurch wird eine gewisse Einheit des Hausvermögens gewahrt; und da der Ehemann die Einkünfte und Nutzungen des Vermögens der Frau hat, so ist ihm damit zugleich ein gewisser Gegenwert gegeben für die auf ihm lastenden Verpflichtungen der Ehe.

Dieses System war das System des Sachsenspiegels, es ist durch das BGB. das gesetzliche System Deutschlands geworden. Man hatte allerdings vorgeschlagen, kein einheitliches gesetzliches System einzuführen, sondern nach Örtlichkeiten das eine oder das andere System walten zu lassen und hierbei die bisher üblichen Gewohnheiten und Gesetze zu berücksichtigen. Mit Recht hat man ein derartiges Verfahren fast allgemein zurückgewiesen; denn daß die einzelnen Örtlichkeiten auch nach dem neuen Gesetz in ihrer Ruhe und Bequemlichkeit verharren, ist kein so großes Interesse, daß dadurch die Rechtsverschiedenheit mit allen ihren schweren Verwicklungen und all ihrem trennenden Charakter, mit allen ihren politischen Nachteilen aufgewogen würde. Man hat darum, wie seinerzeit im französischen Recht (wo ebenfalls die größten Verschiedenheiten bestanden), e i n System als das gesetzliche aufgestellt, es aber den Ehegatten gestattet, im Ehevertrag (der in öffentlicher Urkunde errichtet werden muß) ein anderes System zu wählen, insbesondere das System der Gütertrennung oder ein System der Gütergemeinschaft, und man ist um so zutunlicher gewesen, als man den Ehevertrag nicht nur vor, sondern auch während der Ehe zugelassen hat, §§ 1432 ff.[1].

Allerdings ist das System der ehemännlichen Verfügungsnutznießung nur ein Übergangssystem. Die Neuzeit verlangt gebieterisch den Übergang zum System der Gütertrennung: die Einheit des Hauses verlangt keine Einheit des Vermögens, und dem Gedanken der Neuzeit entspricht die Vermögensunterwerfung der Ehefrau nicht mehr, auch nicht eine Unterwerfung in Gestalt der Verfügungsnutznießung.

Was nun aber diese betrifft, so gilt folgendes: Der ehemännlichen Nutznießung unterliegt das eingebrachte Vermögen der Frau. Allerdings hat man schon in früherer Zeit einige besonders intime Vermögensstücke der Frau ausgenommen, und das spätere Recht hat die Möglichkeit gegeben, eine ganze Vermögensmasse dieser Frau der ehemännlichen Nutznießung zu entziehen, vor allem den Arbeitserwerb der Frau während der Ehe. Es ist eine Neuerung des modernen, namentlich des englischen Rechts, daß man den Erwerb der Frau mit ihrer Person untrennbar verbunden und der ehemännlichen Herrschaft gänzlich entzogen hat[2], ein System,

[1] In Frankreich folgte der ganze Süden dem Totalsystem; darum werden dort noch heutzutage am meisten Eheverträge abgeschlossen. Doch sind auch hier die Eheverträge im Abnehmen und das gesetzliche Gütersystem im Fortschreiten begriffen; vgl. B o n n e c a s e, Rhein. Z. IV S. 217 f., 236 f., 243.

[2] Bahnbrechend war das bekannte englische Gesetz von 1870, 33, 34 Vict. c. 93; über seine Geschichte vgl. M a r i a n n e W e b e r, Ehefrau und Mutter (1907), S. 363 f. Es hat auch in anderen Ländern

das allerdings leider nur hier, nicht bei der Gütergemeinschaft, durchgedrungen ist. Das dem Nießbrauch entzogene und der freien Verwaltung und Verfügung der Ehefrau zustehende Vermögen heißt Vorbehaltsgut (§ 1367 BGB.)[1]; auch noch anderes Vermögen kann Vorbehalt sein, kraft ausdrücklicher Vereinbarung im Ehevertrag, oder wenn etwas der Frau (vor oder nach der Ehe)[2] mit der Bestimmung zugewandt wird, daß es nicht in die ehemännliche Nutznießung fallen soll. Vorbehaltsgut ist auch, was an Stelle von Vorbehaltsgut erworben wird nach den Regeln des Ersatzerwerbes, §§ 1366—1370 BGB.

Die ehemännliche Nutznießung ist, ebenso wie die Nutznießung des Vaters, nicht als Nießbrauch zu bezeichnen. Sie gibt allerdings auch ein Genuß- und Fruchtziehungsrecht, welches sich nach den Grundsätzen des Nießbrauchs gestaltet, § 1383 BGB., aber ein Recht eigener Art, das völlig verknüpft ist mit der ehemännlichen Stellung, das dazu dienen soll, dem Ehemann die Mittel für Erfüllung der ehelichen Lasten zu gewähren, und das darum weder veräußerlich noch zugreifbar ist. Anderseits ist das Recht des Mannes gesteigert: es ist nicht einfache Nutznießung, sondern Dispositionsnutznießung, Verfügungsnutznießung, welche gewisse, allerdings beschränkte Veräußerungsrechte gewährt. Völlig unjuristisch ist es, von Verwaltung und Nutznießung zu sprechen: in der Tat ist das ganze Recht nur eins, das in sich vollkommen zusammenhängt, gemeinsame Zwecke verfolgt und vom Ehemann im eigenen Namen ausgeübt wird[3].

Das Preußische Landrecht (II 1 § 247) gab dem Ehemann eine durchgreifende Veräußerungsgewalt über das bewegliche eingebrachte Gut, so daß er nur in bezug auf unbewegliches Vermögen an dem Rechte der Frau auf Widerstand stieß. Nach BGB. § 1376 f. hat er nur ein sehr beschränktes Veräußerungsrecht: er kann regelmäßig nur verbrauchbare Sachen der Frau veräußern, insbesondere auch Geld; außerdem kann er Verbindlichkeiten der Frau dadurch erfüllen, daß er einem Gläubiger die geschuldeten Gegenstände aus dem Frauengut überträgt; endlich hat er ein Prozeßführungsrecht, sowohl was die Aktiv- als auch was die Passivprozesse betrifft, und zwar führt er die Prozesse nicht etwa in bezug auf seine Nutznießung, sondern auch in bezug auf das Eigentum der Frau; er führt sie aber nicht im Namen der Frau, sondern als Prozeßstandschafter im eigenen Namen. Man sollte annehmen, daß durch diese Prozesse die Frau ohne weiteres gebunden werde, und daß die Entscheidung in vollem Maße auch ihr gegenüber gelte. Dies hat man seltsamerweise abgelehnt: eine Prozeßstandschaft ohne Prozeßstandschaftswirkung[4]! Doch kann der Nachteil dadurch umgangen werden, daß der Gegner die Frau in den Prozeß hineinzieht (ihr den Streit verkündet), wodurch die Kraft der richterlichen Entscheidung auch auf sie ausgedehnt wird, §§ 1376 f., 1380 BGB.

Im übrigen sind die Vermögensmassen vollkommen getrennt[5], und somit haftet das Vermögen der Frau nicht für die Schulden des Mannes. Man möchte hiernach annehmen,

Nachahmung gefunden, so in Norwegen 29. Juni 1888 a. 31, Dänemark 7. April 1899 a. 27, Schweiz a. 191, jetzt auch das französische Gesetz 13. Juli 1907 a. 1: Sous tous les régimes et à peine de nullité de toute clause contraire . . . la femme a sur les produits de son travail personnel et les économies en provenant les mêmes droits d'administration que l'art. 1449 C. civ. donne à la femme séparée de biens. Auch der Erwerb bei Gelegenheit der Arbeit gehört hierher, so die Unfall-, Alters-, Invalidenrente; vgl. Strasser, Art und Umfang des Vorbehaltsgutes (1909) S. 43. Vgl. auch Lyon-Caen, La femme mariée allemande p. 371.

[1] Ist das durch Frauenarbeit Erworbene Vorbehaltsgut, so ist auch ihr ganzes Geschäft Vorbehaltsgut; unrichtig Kammergericht 29. März 1906 Mugdan XV S. 401.

[2] Man muß dahin wirken, daß dem Willen des zuwendenden Erblassers möglichst entsprochen und das Vorbehaltgut möglichst vermehrt wird, §§ 1369, 1413. Unrichtig (nach der unrichtigen Interpretationsmethode) RG. 21. März 1907 Entsch. 65 S. 367.

[3] Neuerdings pflegt man meine Gedanken im einzelnen anzunehmen, aber von ihrer Herkunft spricht man meistens nicht. Die Rechtsform der Verfügungsnutznießung habe ich zuerst als Dispositionsnießbrauch dargelegt und konstruiert (Jahrb. f. Dogm. 24 S. 187 f.), jetzt auch Arch. f. civ. Prax. 107 S. 258. Bezüglich des BGB. vgl. vortrefflich Schilling, Arch. f. bürgerl. Recht XIX S. 312 f., und über den Sachsenspiegel treffend Kiesel, Bedeutung der Gewere des Mannes am Frauengut (1906) S. 43 f., 80 f.

[4] Vgl. darüber auch Binder, Beiträge zur Auslegung des bürgerlichen Gesetzbuches, I S. 129.

[5] Daraus ergibt sich auch von selbst, daß der Ehemann nicht befugt ist, ein Erwerbsgeschäft der Frau ohne ihre Zustimmung in seinen Eigenbetrieb zu übernehmen. Vgl. hierüber Wieruszowski, Handbuch des Eherechts II S. 292 f.

daß die Frau immerhin über das sog. nackte Eigentum des eingebrachten Gutes verfügen könnte, was bedeutsam wäre, da sich gewiß Personen finden dürften, welche ein derartiges Vermögen auf den zukünftigen Erwerb hin „diskontierten". Doch ist dies nicht gestattet: es wären dies Geschäfte wilder Spekulation, die keinen ernsten Verkehrscharakter an sich tragen könnten und der Ehefrau sehr leicht gefährlich würden; vor allem aber wäre es dem Ehemann mißlich, einem fremden „nudus proprietarius" gegenüberzustehen und mit diesem verhandeln zu müssen. Das Gesetz belastet daher die Frau mit einem Veräußerungsverbot auch in bezug auf das nackte Eigentum. Daraus ergibt sich, daß, wenn die Frau während der Ehe Rechtsgeschäfte abschließt, ihre Gläubiger nicht auf das eingebrachte Gut greifen können, weder, soweit es in der Nutznießung des Mannes steht, weil hierdurch das Recht des Mannes verletzt würde, noch auch, was das nackte Eigentum betrifft, weil sie in dieser Beziehung kein Verfügungsrecht hat; es müßte denn der Mann zu solchen Geschäften seine Zustimmung gegeben oder das Vormundschaftsgericht diese Zustimmung ersetzt haben (§§ 1395 ff., 1411 ff. BGB.)[1].

Im übrigen haftet der Ehemann auch für die öffentlichen Lasten und Abgaben der Frau, soweit sie nicht als Stammvermögenslasten zu betrachten sind; er hat auch das eingebrachte Gut polizeilich zu vertreten, §§ 1385, 1388[2].

Die Verfügungsnutznießung hat für die Frau den großen Nachteil, daß sie am Erwerb des Ehemanns keinen Teil nimmt. Diesen Nachteil hat das BGB. nicht ausgeglichen, obgleich es doch so leicht gewesen wäre; das Schweizer Gesetz a. 214 hat es getan: es gibt der Frau von dem Zuwachs des Vermögens ein Drittel, den sog. Vorschlag. Der ungarische Entwurf ist dem gefolgt und gibt der Frau vom Zuwachs sogar die Hälfte (ebenso auch dem Manne): Miterwerb. Dies ist aber dann keine Gütergemeinschaft, sondern ein Anteil an dem künftigen Nettozuwachs.

§ 100. Die Gütergemeinschaft bewirkt nach dem BGB., daß gewisse Vermögensmassen ein Gesamtgut bilden, welches im Miteigentum beider Ehegatten steht, aber so, daß der Ehemann ein hervorragendes Verwaltungs- und Verfügungsrecht hat: er darf über das Gesamtgut verfügen, nur nicht schenkweise und nicht über unbewegliches Gut (§§ 1444 ff. BGB.; oben S. 144). Dieses Verfügungsrecht hat der Ehemann als Gemeinschafter kraft seines Gemeinschaftsrechtes, nicht etwa als Stellvertreter der Ehefrau, der die andere Hälfte der Gemeinschaft gehört: sein Gemeinschaftsrecht ist derart gesteigert, daß er (mit Beschränkung) über die ganze Gemeinschaft verfügen darf[3].

Die Frau darf ausnahmsweise Verfügungshandlungen vornehmen, so bei Verhinderung des Mannes, so ferner im Falle ihres eigenen dringenden Interesses mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (§§ 1450 f. BGB.). Hiernach ist der alte Standpunkt, wonach der Ehemann während der Ehe allein Eigentümer ist, verlassen; aber noch im BGB. findet sich folgender Ausfluß dieses Gedankens: die Gesamtgutschulden sind immer auch Schulden des Ehemannes, und die Schulden des Ehemannes sind immer auch Gesamtgutschulden (§ 1459 BGB.), woraus weiter folgt, daß, wenn der Ehemann in Konkurs fällt, das Gesamtgut mit in den Konkurs gezogen wird (§ 2 KO.). Was dagegen die Schulden der Ehefrau betrifft, so sind die Schulden aus Rechtsgeschäften der Frau während der Ehe keine Gesamtgutschulden; denn wäre dies der Fall, so wäre die Frau mittelbar in der Lage, über das Gesamtgut zu verfügen, was nicht sein soll. Dagegen Schulden der Ehefrau aus anderen Rechtsgründen, namentlich aus unerlaubten Handlungen, belasten das Gesamtgut; dies gilt bei allen Gütergemeinschaften, mit Ausnahme der Errungenschaftsgemeinschaft (§§ 1459 ff., 1530 ff., 1549 BGB.); denn während bei der Errungenschaftsgemeinschaft die Frau gewöhnlich beträchtliches anderweitiges Vermögen hat, an welches sich der Verletzte halten kann, ist dies bei den anderen Gemeinschaften, namentlich bei der allgemeinen Gütergemeinschaft, regelmäßig nicht der Fall, und es ist daher angemessen, daß das Gesamtgut die in Deliktschuld geratene Frau deckt.

[1] In solchem Fall ist der Ehemann ebenso, wie bei den vorehelichen Schulden der Frau, als Nutznießer verpflichtet, die nötigen Erfüllungsmittel aus dem eingebrachten Gut bereitzulegen, ähnlich wie nach § 1087 BGB. Vgl. Reich, Jahrb. f. Dogm. **63** S. 192 und RG. 27. Februar 1909 Entsch. **70** S. 344.

[2] Hierüber Schultzenstein, Arch. f. b. R. XXIX S. 168 f., XXXIII S. 187, Blume ebenda XXXI S. 1, Preuß. Oberverwaltungsgericht 3. Dezember 1908 Entsch. desselben 53 S. 104.

[3]) Arch. f. civ. Prax. 107 S. 264 f. 271.

Neben dem Gesamtgut kann es bei der Gütergemeinschaft eingebrachtes Gut des Mannes oder der Frau geben, welches der Ehemann in Verwaltung und Nutzung hat, aber nicht für sich, sondern für das Gesamtgut, also kraft seines Gemeinschaftsrechts, so daß die Früchte dem Gesamtgut zufallen.

Aber auch Vorbehaltsgut ist möglich, welches vollkommen im unbeschränkten Eigentum des Ehegatten steht; und zwar: Vorbehaltsgut der Frau gibt es bei allen Gütersystemen; dagegen ist Vorbehaltsgut des Mannes zwar bei der allgemeinen Gütergemeinschaft möglich, nicht aber bei der Errungenschafts- und Fahrnisgemeinschaft (§§ 1440 f., 1526, 1555 BGB.).

Im übrigen unterscheidet das BGB. allgemeine, Errungenschafts- und Fahrnisgemeinschaft in folgender Weise: bei der allgemeinen Gütergemeinschaft wird das voreheliche Vermögen und alles eheliche Gut Gesamtgut [1]. Es entsteht durch die Ehe also eine Gesamtnachfolge, und zwar nicht nur in bezug auf das bewegliche, sondern auch in bezug auf das unbewegliche Vermögen, sie entsteht von selbst ohne Grundbuchvermerk, nur daß jeder Ehegatte vom anderen verlangen kann, daß er zur Berichtigung des Grundbuchs mitwirkt (§ 1438 BGB., § 22 GrundbO.). Daher gehen auch alle vorehelichen Schulden beider Ehegatten in das Gesamtgut über, und zwar vollständig: nicht etwa bloß den Gläubigern gegenüber, sondern auch den Ehegatten gegenüber, mithin so, daß eine Ausgleichung nicht stattfindet: wer dem Ehegatten traut, der traut seinen Schulden. Allerdings schließt dieser Übergang der Schulden nicht aus, daß der Schuldner außerdem persönlich Schuldner bleibt, solange ihn der Gläubiger nicht befreit. Bei der Errungenschaftsgemeinschaft dagegen bleibt das voreheliche Vermögen dem Gesamtgut fern: in dieses fällt nur die Errungenschaft, d. h. der Erwerb während der Ehe; zum Erwerb gehören aber nicht die Erbschaften, die während der Ehe anfallen, auch nicht Schenkungen während der Ehe, nicht Ausstattungen, nicht, was mit Rücksicht auf eine künftige Erbschaft zum voraus gegeben wird, abgesehen vom Erwerb, der als Fruchterwerb zu gelten hat.

Die Fahrnisgemeinschaft steht zwischen beiden: denn hier ist die ganze Errungenschaft gemeinsam wie vorher; außerdem ist das voreheliche und das später ererbte Vermögen Gesamtgut, soweit es Fahrnisvermögen, d. h. bewegliches Vermögen ist. Der Gedanke dieses Gütersystems ist: bei Fahrnissen wird eine Vermischung zu einem Gesamtgut viel leichter vor sich gehen als bei Liegenschaften, und diese Fahrnisvermischung hat zur Folge, daß auch die vorehelichen Schulden kraft der Gesamtnachfolge in das Gesamtgut fallen, und zwar ohne jede Ausgleichung, also auch ohne Rücksicht auf das etwaige Verhältnis des vorhandenen beweglichen zum unbeweglichen Vermögen; während, was die Schulden der anfallenden Erbschaften betrifft, sie zwar auch völlig auf das Gesamtgut übergehen, jedoch vorbehaltlich einer Ausgleichung unter den Ehegatten: hier soll der Satz gelten, daß nur so viel Schulden definitiv auf die Gemeinschaft fallen, als dem Bruchteilsverhältnis des beweglichen Erbvermögens zu dem unbeweglichen entspricht (§ 1556 BGB.).

§ 101. Das System der Gütertrennung bietet die einfachsten Verhältnisse: die Ehegatten bleiben einfach Eigentümer ihres Vermögens; der Ehemann hat den ehelichen Aufwand zu tragen, die Frau leistet einen entsprechenden Beitrag, hat aber unter Umständen ein Rückbehaltungsrecht, um mit diesem Beitrag sich und die Kinder direkt zu erhalten, wenn zu befürchten ist, daß ihn der Mann nicht bestimmungsgemäß verwendet (§ 1428 BGB.). Überläßt hierbei die Frau freiwillig ihr Vermögen dem Ehemann zur Verwaltung, so erwirbt er daran die Verfügungsnutznießung auf so lange, bis die Frau die Zulassung widerruft, § 1430

[1] Auch das literarische Urheberrecht? Es hätte sich wohl verlohnt, mindestens im Autorgesetz dieses in den Ländern der Gütergemeinschaft so viel behandelten Falles zu gedenken. Vgl. beispielsweise Appellhof Paris 1. Februar 1900 Sirey 1900 II p. 121 und die dort erwähnten Autoren, Kass.hof 25. Juni 1902 Sirey 1902 I p. 305. In der Tat gehört das Autorgut unter allen Umständen zum eingebrachten Vermögen, vgl. mein Urheberrecht an Schriftwerken S. 461; und was das Autorgut der Frau betrifft, so fallen die Früchte nur soweit dem Manne und der Gemeinschaft zu, als nach dem Bestimmungsrecht der Frau solche Früchte gezogen werden: denn natürlich hat der Autor, ob Mann oder Frau, allein zu bestimmen, ob und wie eine Verwertung und Fruktifikation geschehen soll. Die ehemännliche oder gütergemeinschaftliche Verfügungsnutznießung erfaßt nur das der Öffentlichkeit übergebene Autorgut; ob und wann es der Öffentlichkeit übergeben wird, bestimmt der Autor kraft seines Persönlichkeitsrechts.

BGB.), was ihr jederzeit zusteht. Die Gütertrennung kann durch Ehevertrag festgesetzt werden [1]; sie kann auch die Folge dessen sein, daß das gesetzliche Güterverhältnis oder eine der verschiedenen Arten der Gütergemeinschaft während der Ehe gelöst wird; sie tritt auch dann ein, wenn eine geschäftsbeschränkte Frau ohne Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters eine Ehe eingeht (§§ 1364, 1426, 1470, 1549, 1545 BGB.) [2]. Über die Lösung des Gütersystems während der Ehe aber gelten die nachfolgenden Bestimmungen.

§ 102. Alle Gütersysteme, welche eine gewisse Vereinigung des Vermögens oder wenigstens gewisse Nutzungsrechte des Mannes herbeiführen, müssen Vorsichtsmaßregeln haben für den Fall, daß der Ehemann mit seinen Rechten Mißbrauch treibt, oder daß die Verhältnisse des Ehemannes das Vermögen der Frau gefährden; bei der Gütergemeinschaft können auch die Verhältnisse der Frau den Mann zu einem sichernden Vorgehen veranlassen, wenn sie seine im Gesamtgut liegenden Vermögensinteressen in Frage stellen. — Daher kann bei dem System der *Verfügungsnutznießung* die Frau unter Umständen Sicherheitsleistung verlangen; sie kann aber auch verlangen, daß das ganze Gütersystem aufhört und die Gütertrennung eintritt, aber erst kraft richterlichen Ausspruches: mit anderen Worten, sie kann zwar das Verhältnis *kündigen*, aber nur so, daß die Kündigung in Gestalt der prozessualischen Klage erfolgt und durch Richterspruch gebilligt wird [3]. Der Grund kann in der schlechten Wirtschaft des Mannes, er kann aber auch darin liegen, daß der Mann der Frau und den Kindern den Unterhalt verweigert, oder daß er entmündigt wird oder abwesend ist. Von selbst tritt die Lösung des Güterverhältnisses ein bei Konkurs und bei Todeserklärung des Mannes (§§ 1391, 1418 f. BGB.). — also ohne Klage und ohne Urteil!

Auch bei der *Gütergemeinschaft* kann mitunter eine durch Richterspruch zu billigende klageweise Kündigung erfolgen: auch hier kommen gewisse Mißbräuche in Betracht, eine Entmündigung des Mannes aber nur als Verschwendungsentmündigung; denn das Unglück, das in der Entmündigung wegen Geisteskrankheit liegt, soll nicht zum Nachteil des Mannes ausschlagen, der durch eine Aufhebung der Gütergemeinschaft schwere Erwerbseinbuße erleiden könnte. Einen Hauptgrund der Vermögensabsonderung aber kann der starke Schuldenstand des Mannes bilden: in solchen Fällen ist nicht nur, was die Ehefrau in die Ehe gebracht hat, und was in das Gesamtgut bereits gefallen ist, gefährdet, sondern auch, was die Frau künftig noch erwerben wird; denn auch dieses, selbst ihr Arbeitserwerb, würde in das Gesamtgut fallen. Übrigens kann hier auch der Ehemann mit Hülfe billigenden Richterspruchs kündigen, wenn infolge der *von der Frau auszugleichenden* Schulden das Gesamtgut so beschwert ist, daß zu befürchten ist, daß auch der spätere Erwerb des Mannes durch die Schulden hinweggerafft wird (§ 1468 f.). Man spricht hier von *Vermögensabsonderung* (Séparation de biens).

Diese Vermögensabsonderung tritt also bei der Gütergemeinschaft nur kraft Klage und richterlichen Urteils ein. Eine Ausnahme gilt bei der *Errungenschaftsgemeinschaft*, welche in dieser Beziehung wesentliche Besonderheiten aufweist. Bei ihr ist zu berücksichtigen, daß ein erhebliches eingebrachtes Gut der Frau vorhanden zu sein pflegt, und daß die Gründe, welche bei dem gesetzlichen Gütersystem gelten, auch hier zutreffen; denn es ist natürlich etwas anderes, ob der Mann ein Gesamtgut oder ob er ein Eigengut der Frau in Verwaltung hat. Daher tritt hier bei Konkurs und Todeserklärung des Mannes (auch bei Todeserklärung der Frau) die Vermögensabsonderung von selbst ein; und daher kann bei diesem System die Frau eine gerichtliche Vermögensabsonderung auch aus allen Gründen eintreten lassen, wie beim gesetzlichen Gütersystem, insbesondere also auch wegen jeder Art von Entmündigung des Ehemannes, §§ 1542 ff. BGB.

Eine *Wiederherstellung* des aufgehobenen Gütersystems kann angemessen sein;

[1] Eine mündliche Verabredung, daß die Frau über das eingebrachte Gut frei verfügen könne, ist natürlich wirkungslos, RG. 25. November 1910 Warneyer Ergänzung 1911 S. 92.

[2] Ebenso wie man unter den Coutumes annahm, daß durch eine „clandestine“ Ehe keine gesetzliche Gütergemeinschaft entstehe. Vgl. oben S. 140.

[3] Also ein gestrecktes Rechtsgeschäft! Eine vorläufige Trennung durch einstweilige Verfügung ist zulässig, vgl. OLG. Darmstadt 22. Nov. 1901 Entsch. f. G. III S. 31, OLG. Darmstadt 22. Januar 1902, Dresden 10. Juli 1902 *Mugdan* IV 163, V 140, RG. 2. Juni 1902 Gruchot 46 S. 951. Die Vermögensevolutionen während des Prozesses bis zum rechtskräftigen Urteil können zu schuldrechtlichen Ausgleichungen führen: pendens lis non noceat, §§ 1422, 1479 BGB.

so, wenn das gesetzliche Gütersystem wegen Entmündigung oder Todeserklärung des Mannes aufgehoben wurde und die Entmündigung aufhört oder der Mann noch lebt: warum sollte man ihm für die Folgezeit sein Nutznießungsrecht versagen? So auch bei der Errungenschaftsgemeinschaft: bei dieser kann auch die Frau die Wiederherstellung erwirken, wenn die Gemeinschaft durch Konkurs des Ehemannes abgesondert wurde: denn in der Folge kann die Errungenschaftsgemeinschaft auch der Frau wieder große Vorteile bieten, §§ 1425, 1547 f. BGB.; warum sollte man ihr, der schuldlosen Frau, diese versagen? Die Wiederherstellung erfolgt auf Grund einer Klage und eines die Wiederherstellungsgründe anerkennenden Urteils; sie tritt ein mit Rechtskraft des Urteils, vorbehaltlich schuldrechtlicher Prozeßausgleichungen (vgl. S. 149 Note 3).

§ 103. Die Gütergemeinschaftsverhältnisse bieten im übrigen, namentlich bezüglich des Schuldenstandes, einige Verwicklungen, welche sich aber bei Anwendung der richtigen Grundsätze leicht entwirren lassen. Namentlich kann das Verhältnis gegenüber den Gläubigern und das Verhältnis der Ehegatten unter einander verschieden sein. Möglicherweise können die Gläubiger des einen Ehegatten auf das Gesamtgut greifen, während nachträglich der andere Ehegatte eine Ausgleichung begehren kann, wenn infolgedessen etwas aus dem Gesamtgut bezahlt worden ist, was eigentlich dem Sondervermögen obgelegen hätte. Insbesondere gilt dies für Verbindlichkeiten aus unrechter Tat: für diese haftet meistens die Gütergemeinschaft; aber der Ehegatte, dem sie zur Last fallen, hat dem andern Ausgleich zu geben (§§ 1463, 1536, 1549 BGB.). Ebenso haftet das Gesamtgut jeweils allen Gläubigern des Mannes, also auch bei der Errungenschaftsgemeinschaft: mithin auch für die vorehelichen Schulden des Mannes (S. 147), während doch diese bei einer Gemeinschaft der bloßen Errungenschaften dem Gesamtgut fern bleiben sollen; daher hat der Mann dem Gesamtgut Ersatz zu leisten, soweit das Gesamtgut voreheliche Schulden des Mannes bezahlt hat (§ 1536 Z. 1 BGB.). Auch in anderen Fällen kann eine solche Ausgleichung nötig werden, namentlich wenn das Sondervermögen des einen Ehegatten aus dem Gesamtgut bereichert worden ist. Ist aus dem Gesamtgut ein gemeinsames Kind ausgestattet worden, so ist dies eine Last, die bestimmungsgemäß auf das Gesamtgut fällt, bezüglich welcher also eine Ausgleichung nicht angezeigt ist: nur wenn diese Ausstattung eine übermäßige ist, ist entsprechende Ausgleichung angezeigt; ist aber aus dem Gesamtgut nicht ein gemeinsames Kind, sondern ein Kind früherer Ehe ausgestattet worden, dann ist stets eine Ausgleichung geboten, denn das Kind früherer Ehe geht nur den einen Ehegatten an (§§ 1465, 1466, 1538, 1549 BGB.). Die Ausgleichungen, die also bald da, bald dort nötig werden können, erfolgen regelrecht erst bei Lösung der Gemeinschaft (§§ 1467, 1541, 1549 BGB.); doch gibt es Ausnahmen [1].

Bei Beendigung der Gütergemeinschaft ist eine Abwicklung und Auseinandersetzung des Gesamtgutes erforderlich. Das Gesamtgut hört allerdings an sich noch nicht auf, gemeinsames Vermögen zu sein, aber es ist nunmehr gemeinsames, in der gemeinsamen Verwaltung (nicht mehr in der bloß ehemännlichen Verwaltung) stehendes Abwicklungsvermögen (§ 1472).

Natürlich handelt es sich jetzt zunächst darum, aus dem Gesamtgut die Gesamtgutsschulden zu berichtigen. Hierbei kommt in Betracht, daß jeder Ehegatte trotz der Gesamtrechtsnachfolge, kraft welcher die Schulden in das Gesamtgut gekommen sind, doch noch persönlich für seine eigenen Schulden zu haften hat, da die Gesamtrechtsnachfolge in die Schulden den ursprünglichen Schuldner nicht befreit. Ferner kommt in Betracht, daß der Ehemann für die Gesamtgutsschulden persönlich haftet, auch für die von der Frau herrührenden, auch für diejenigen, welche nach den oben angeführten Grundsätzen von der Frau auszugleichen sind; jedoch besteht hier eine Beschränkung: für die von der Frau auszugleichenden Gesamtgutsschulden haftet er nur während der Gütergemeinschaft persönlich, nach ihrer Lösung nicht mehr; nach Lösung der Gemeinschaft wird er hierdurch wie durch Staatsakt befreit [2]. Abgesehen von dieser persönlichen Haftung, haftet jeder Ehegatte für die bei der Auseinandersetzung nicht berichtigten Gesamtgutsschulden noch so weit, als ihm bei der Teilung Vermögensstücke zufielen; er kann

[1] Die Lehre von den Ausgleichungen (recompenses) ist namentlich in den französischen coutumes kunstreich ausgestaltet worden; vgl. ausführlich namentlich Valin, Nouveau commentaire sur la coutume de Rochelle II p. 616 f.; Ferrière, Corps et compilation de tous les commentateurs sur la coutume de Paris zu Art. 232.

[2] Besteht gegen ihn hierwegen ein vollstreckbarer Titel, so hat er daher die Vollstreckungsklage.

sich aber durch Preisgebung der Vermögensstücke befreien (§§ 1459, 1475 f., 1480 BGB.). Die Frau haftet also für die Gemeinschaftsschulden meist nur in dieser Weise[1].

Ist das Verhältnis zu den Gläubigern berichtigt, dann treten die Ausgleichsoperationen unter den Ehegatten ein[2]: es hat also der eine oder andere Ehegatte der Gemeinschaft Ersatz zu leisten oder von der Gemeinschaft Ersatz zu erlangen, § 1476. Dies erfolgt dadurch, daß entsprechend der eine Ehegatte einen größeren als den Halbteil erhält, der andere einen kleineren.

Im übrigen werden die Gemeinschaftssachen nach den Regeln der Auseinandersetzung verteilt; nur daß hierbei noch besondere Rücksichten eintreten: jeder Ehegatte kann verlangen, daß die Teilung, wenn tunlich, so geschieht, daß seine persönlichen Gebrauchssachen und die von ihm eingebrachten Sachen auf seinen Teil fallen, § 1477 BGB.

§ 104. Etwas Besonderes gilt bei der allgemeinen Gütergemeinschaft: hier soll regelmäßig, wenn Kinder der Ehe vorhanden sind und die Ehe durch den Tod des einen Ehegatten gelöst wird, eine Fortsetzung der Gütergemeinschaft zwischen dem überlebenden Ehegatten und den gemeinschaftlichen Kindern stattfinden, und zwar in der Art, daß der überlebende Ehegatte, wenn es die Frau ist, die Stellung des Ehemannes einnimmt und die Kinder die Stellung des anderen Ehegatten: die nunmehrige Gemeinschaft ist aber beschränkt: Vermögen und Erwerb der Kinder fallen nicht in die Gemeinschaft, sondern bloß dasjenige, was schon in der Gemeinschaft ist, und was der überlebende Gatte weiter erwirbt. Dieses Verhältnis beruht auf eigenartiger deutscher Entwicklung. In manchen, namentlich in fränkischen Ländern kam das Gesamtgut an den überlebenden Ehegatten mit Verfangenschaftsrecht der Kinder, in anderen hat sich die Verfangenschaft bis zu einem Gemeinschaftsrecht der Kinder gestaltet, und so war es auch in französischen Coutumes bis zum Code civil. Die Kinder treten also in die Gemeinschaft ein, der Verstorbene wird nicht beerbt, sondern sein Gemeinschaftsteil geht kraft Gemeinschaftsrechts auf die Kinder und ihre Nachkommen über (§ 1503 BGB.), und wenn ein Kind während der Gemeinschaft stirbt, so kommt sein Teil an seine Nachkommen, eventuell tritt Anwachsung ein, § 1490[3]. Die Rechte des überlebenden Ehegatten sind die bei der Gütergemeinschaft gesetzlich bestimmten und können nicht erweitert werden (z. B. was die Liegenschaftsveräußerung betrifft, §§ 1487, 1518 BGB.[4]). Die Gemeinschaft löst sich, wenn der überlebende Ehegatte die Gemeinschaft kündigt (durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht oder durch öffentlich beurkundeten Vertrag mit den Abkömmlingen), oder wenn er sich wieder verheiratet, oder wenn die Kinder aus wichtigen Gründen die Lösung verlangen, in welchem Falle zur Lösung die Billigung durch rechtskräftiges Urteil erforderlich ist (§§ 1492 ff. BGB.).

Die fortgesetzte Gütergemeinschaft belastet die Frau mit den Gesamtgutsschulden persönlich, so wie der Ehemann persönlich belastet war. Dieser Belastung kann sie sich aber wie ein Erbe erwehren: sie hat das Inventarrecht, das Gläubigeraufgebot, und kann (entsprechend der Nachlaßverwaltung und dem Nachlaßkonkurs) Gesamtgutsverwaltung und Gesamtgutskonkurs in bezug auf dieses Gut verlangen (§ 1489 BGB., § 236 KO.). Außerdem kann der überlebende Ehegatte — besonders die Frau — ebenso wie der Erbe (innerhalb einer gewöhnlich sechswöchentlichen Frist) das Gesamtgut ausschlagen oder, wie das BGB. sagt, die Fortsetzung der Gütergemeinschaft ablehnen (§ 1484 BGB.). Der überlebende Ehemann hat diese Vorrechte auch, sie sind aber

[1] In alten Rechten mußte die Frau sich durch einen besonderen Ritus von der Haftung lösen, indem sie die Schlüssel des Hauses in das Grab des Mannes senkte und auf die Gemeinschaft verzichtete. In Frankreich war dies lange Zeit ein Privileg der adligen Frau. Erst die neue Pariser Coutume 1580 a. 237 bestimmte: il est loisible à toute femme, noble ou non noble de renoncer. Anders noch die alte Coutume 1510 a. 115, und Ableiges a. 41 (Ed. Laboulaye p. 375). Über die Coutume von Poitou vgl. Z. f. Volksk. 1914 S. 99.

[2] Also zuerst die Zahlung an die Gläubiger, dann erst die Klärung unter Ehegatten. Unter dem C. Nap. hat man längere Zeit aus Mißverständnis der a. 1471, 1472 die Sache umgekehrt, wodurch natürlich die Gläubiger, denen die Ehefrau die Befriedigungsobjekte wegnahm, bedeutend benachteiligt wurden. Durch einen berühmten Plenarbeschluß des Kassationshofs wurde die falsche Lehre endgültig verworfen.

[3] Natürlich alles kraft Gemeinschaftsrechts, nicht kraft Erbrechts; vgl. May, Anwachsungsrecht bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft (1906) S. 27. Ganz verkehrt Hellwig, Rechtskraft S. 210 f.

[4] Vgl. Klaholt, Arch. f. b. R. XXXVII S. 152 f.

wegen seiner aus § 1459 hervorgehenden prinzipiellen persönlichen Haftung für ihn von geringerer Bedeutung.

Das Institut ist altertümlich und für unsere Verhältnisse unbrauchbar, der Code Napoléon hat es mit Recht aufgehoben.

§ 105. Die Wahl des Gütersystems erfolgt durch notariellen Ehevertrag bei beiderseitiger Anwesenheit der Brautleute oder Ehegatten, entweder vor oder während der Ehe, § 1432 f.[1]. Er soll aber, soweit Dritte daran interessiert sind, öffentlich bekanntgemacht werden; diese würden sonst 1. auf das gesetzliche Güterrecht bauen und, an die Verfügungsnutznießung des Mannes glaubend, mit ihm die entsprechenden Rechtsgeschäfte abschließen; sie würden 2., wenn ein bestimmtes Gütersystem öffentlich kundgegeben ist, daran glauben, daß dieses fortdauert, während es unterdessen geändert sein kann. Die öffentliche Bekanntmachung erfolgt durch Eintragung in das Güterrechtsregister; einzutragen sind Ehevertragsbestimmungen, aber auch rechtskräftige Entscheidungen über Änderungen des Güterrechts[2].

Fehlt es am Eintrag und tritt ein anderer mit dem Ehegatten in Rechts- oder Prozeßverkehr, so kann er verlangen, daß Rechtsgeschäft und Prozeß so behandelt werden, wie wenn seine gutgläubige Auffassung der Sachlage richtig wäre. Er kann es verlangen, wenn er will: es tritt also eine doppelte Rechtsordnung ein (§§ 1431, 1435, 1426, 1470, 1545, 1548, 1549 BGB.).

3. Verwandtschafts-, Kindschafts-, Muntrecht.

a) Verwandtschaft.

§ 106. Die Gesamtheit der Verwandten bildete ehemals eine Familieneinheit; die Familie war als juristische Person Trägerin von Vermögen, sie war vielfach die höchste Instanz in Angelegenheiten des Personenrechts. Diese Familie ist durch den Individualismus der Entwicklung zerschlagen worden. Die Verwandtschaft bewirkt nunmehr nur ein Erbrecht und ein Recht der Unterstützung für den Fall der Unmöglichkeit der Selbsterhaltung; und auch letzteres ist in unserem BGB. auf Verwandte gerader Linie beschränkt, §§ 1601 ff., während das Schweizer Gesetzbuch Art. 329 mit Recht auch die (wohlhabenden) Geschwister heranzieht.

Eine weitere vielverbreitete Pflicht ist die väterliche (elterliche) Aussteuerpflicht: bald eine Ausstattungspflicht gegenüber Sohn und Tochter, bald nur eine Ausstattungspflicht gegenüber der Tochter. Das BGB. kennt in §§ 1620—1623 nur die letztere; dagegen kommt auch bei den Söhnen das Aussteuerwesen insofern in Betracht, als die Gewährung einer den Umständen angemessenen Aussteuer zwar eine Freigebigkeit, aber nicht eine Schenkung ist, §§ 1624 f.[3].

Im übrigen sind die Gesetzgebungen verschieden. Das französische Recht sagt: ne dote qui ne veut; auch das Schweizer ZGB. hat die Aussteuerpflicht abgelehnt[4].

b) Eheliche Kindschaft.

α) Eigenart.

§ 107. Das römische Recht verlangte von dem Kind den völligen Familiendienst: seine Persönlichkeit ging in der Familie unter; was es erwarb, fiel der Familie anheim: ihm war ein jeder Selbsterwerb ausgeschlossen. So stolz der Römer sonst war, — als Familienmitglied war er Knecht; die Dienstschaft in der Familie war die Vorschule der Freiheit: wer künftig regieren

[1] Kann ein Gütersystem unter einer Bedingung ausgemacht werden? Dies ist zu verneinen: solches würde eine unerträgliche Unsicherheit herbeiführen. OLG. Kolmar 29. Dezember 1910 Rhein. Z. III S. 357, IV S. 112.

[2] Nicht eine bloße einstweilige Verfügung, OLG. Darmstadt 22. November 1901 Entsch. f. G. III S. 31.

[3] Im Gegensatz zu der von einem Fremden gegebenen Ausstattung, RG. 11. Januar 1906 Entsch. 62 S. 273.

[4] Ausführliche Darstellung der verschiedenen Rechte siehe bei Neubecker, Die Mitgift (1909), S. 83 f., 120 f., 151 f., welcher den Aussteuervertrag als belasteten Vertrag darstellt: dies geht zu weit.

wollte, mußte vorher dienen lernen. Doch schon das frühere Kaiserrecht hat an dieser Strenge einiges nachgelassen. Die Soldaten im kaiserlichen Dienst bekamen gewisse Vergünstigungen, was nötig erschien, weil sie eine Gesellschaft für sich bildeten, mit Sonderinteressen, und weil sie vielfach völlig getrennt von dem Hause lebten, dem sie angehörten. Der Kaiserdienst trat vor den Familiendienst, und in der Verfügung über den Erwerb im Dienste des Militärstaates sollte der Sohn nicht unter dem Vater stehen. So hat der Kriegsdienst des Staatsheeres zuerst die Bande der väterlichen Gewalt gesprengt. In späterer Zeit trat ein zweites lösendes Element ein. Schon seit Ende des zweiten Jahrhunderts war das Erbrecht am Muttergut entwickelt, und dieses führte allmählich dahin, daß man das Muttergut dem Kind als „Adventizgut" vorbehielt, so daß das Kind sofort Eigentümer wurde und der Hausvater auf die väterliche Nutznießung beschränkt war. Das justinianische Recht hat dem mütterlichen Adventizgut alles gleichgestellt, was das Kind von auswärts erwirbt.

Immerhin aber, auch in diesen letzten Ausläufern, ging das römische Recht von dem Satze aus, daß die Herrschaft des Vaters über das Kind so lange dauere, als der Vater lebt; nur mit seinem Willen konnte diese Gewalt sich vorher lösen. Das Kind hatte kein Mittel, eine vorherige Befreiung zu erlangen, der Hausvater dankte nicht von seiner Herrschaft ab. Allerdings konnte das Kind durch die Emanzipation aus der Herrschaft gelöst werden; allein diese hatte wiederum so viele Nachteile, daß sie ein sehr kärgliches Geschenk sein mochte; Staatsamt, Lebensstellung, Heirat dagegen, nichts derart konnte das Kind von der väterlichen Gewalt befreien.

Dieser römischen Familienauffassung setzt das germanische Recht eine andere entgegen. Auch hier ist der Hausvater Vorstand des Familienvermögens, aber nur Vorstand, nicht Alleinherr. Das Hausvermögen gehört der Familie und wird allmählich zum Vermögen der einzelnen Familienmitglieder, das durch die Nutznießung des Vaters zusammengehalten und zusammengegliedert wird. Der große Unterschied ist aber: das Kind ist nur so lange unter väterlicher Gewalt, als es in Familiengemeinschaft lebt. Die Trennung von der „Were" trennt das Kind von der väterlichen Gewalt, allerdings auch von dem Hausvermögen und der Anwartschaft auf das künftige Erbgut. Erst später entwickelte sich der Satz, daß das Kind, unter Einwerfung des bei der Abschichtung Erhaltenen, an dem Erbgut teilnehmen kann.

Auf diese Weise aber wurde das Kind von der väterlichen Gewalt gelöst; ja, es konnte die Lösung verlangen, sobald es zur Volljährigkeit gelangt war. Der Haussohn wurde befreit durch selbständige Lebensstellung, die Tochter durch Verheiratung. So entwickelte sich schon bei Lebzeiten des Vaters neben dem Vaterhaus das Haus des Kindes, gleichsam ein Nebenhaus neben dem Haupthaus, ein zweites Haus mit vermögensrechtlicher Selbständigkeit, und an Stelle der Alleinherrschaft trat eine Art föderativen Systems. Begreiflich ist, daß auf solche Weise die Familie etwas an Zusammenhalt verlor; anderseits ist natürlich dieses System der freien Entwicklung der Persönlichkeit bedeutend förderlicher gewesen. Man sprach hier von der emancipatio saxonica oder germanica; sie gehörte längst zu den Grundfesten des deutschen Lebens.

Neuere Gesetze, namentlich auch das französische, welches auf den Traditionen der französischen Revolution beruhte und mächtig gegen das Überherrschen der väterlichen Gewalt eiferte, brachten ein drittes System, das System, daß die väterliche Gewalt mit der Volljährigkeit unter allen Umständen aufhöre[1]. Daneben konnte noch die emancipatio germanica bestehen: doch war sie von geringerer Bedeutung, da die Aufrichtung einer selbständigen Wirtschaft selten vor der Volljährigkeit erfolgte, oder wenn sie erfolgte — wenigstens bei dem Sohn —, meist mit Volljährigkeitserklärung verbunden war. Nur bei der Tochter kam das Institut in Betracht, weil diese möglicherweise noch in der Minderjährigkeit verheiratet wird.

Daneben hat sich seit dem Code Napoléon ein neuer Gedanke geltend gemacht: neben die väterliche Gewalt trat die Gewalt der Mutter, an Stelle der väterlichen Gewalt die elterliche Gewalt. Diese Idee steht in Verbindung mit der größeren Machtstellung der Mutter in der Familie und mit der Anerkennung des Weibes als einer vollgültigen Persönlichkeit im

[1] Ja, der Code Napoléon läßt sogar (a. 384) die elterliche Nutznießung schon mit dem 18. Jahr erlöschen, damit nicht die Eltern aus Eigennutz, um die Nutznießung fortzubeziehen, die Heirat der Tochter hintertreiben. Das englische Recht hat die Beschränkung bis zur Volljährigkeit schon seit Bracton; vgl. unten Heymann S. 347.

Verkehrsleben. Im übrigen kann die elterliche Gewalt 1. während Lebzeiten des Vaters dem Vater und der Mutter zugleich zukommen, sie kann aber 2., wenn der Vater stirbt, oder wenn in anderer Weise die väterliche Gewalt erlischt, der Mutter allein zustehen, so daß sie die Stelle des Vaters einnimmt. Dieser Gedanke ist äußerst fruchtbar, er gibt der Stellung der Mutter in der Familie eine erneute Bedeutung. Die Mutter hat nicht nur eine moralische Gewalt, sondern auch eine rechtliche Macht, neben dem Vater zu wirken. Allerdings nimmt auch noch die neuzeitliche Anschauung an (oben S. 140), daß im Widerstreit zwischen beiden Ehegatten der Vater vorgeht; aber in den vielen Fällen, wo ein Widerstreit nicht stattfindet, und namentlich dann, wenn der Vater augenblicklich oder dauernd verhindert ist, tritt die Mutter ein. Außerdem gilt auch hier der Satz, daß der Wille des Vaters dann zurücktreten muß, wenn er sich als mißbräuchlich erweist. Nach dem Tode des Vaters aber soll die Mutter ähnlich erzieherisch und verwaltend wirken, wie es der Vater getan hat. Leben die Ehegatten getrennt, so entscheidet über den Verbleib der Kinder die Obervormundschaft[1].

Das BGB. baute auf den Ergebnissen dieser Entwicklung auf; das römische System war definitiv abgetan, es hatte im deutschen Rechtsleben niemals rechten Boden fassen können. Die emancipatio saxonica war von jeher Gemeingut deutschen Lebens gewesen. Lange Zeit behielt man aber 1. die ausschließliche väterliche Gewalt bei, und sodann nahm man 2. an, daß das Kind, solange es nicht aus der Were schied, also insbesondere, wenn es nach der Volljährigkeit noch im väterlichen Hause weilte, der väterlichen Gewalt unterliege. Letzteres System hatte aber große Schattenseiten. Es konnte insbesondere zu der unredlichen Spekulation führen, eine Verselbständigung des Kindes, namentlich eine Verheiratung der Tochter, möglichst zu erschweren, weil man die Nutznießung des Kindesvermögens nicht entbehren mochte. Auch sonst ist eine väterliche Gewalt über den Volljährigen entweder ein bloßes Scheinbild, oder sie ist vom Übel: in diesem Alter soll nur die moralische Scheu, nicht mehr die rechtliche Pflicht entscheiden, und wenn das Kind noch im Hause der Eltern wohnt, so sind es eben nur die aus der Hauszugehörigkeit an sich fließenden Pflichten, es sind nicht etwa Sonderpflichten des Kindes als eines Hausuntertänigen, die zur ersprießlichen Geltung kommen können. Daher hat das BGB. mit Recht in § 1626 verordnet, daß das Kind mit der Volljährigkeit aus der elterlichen Gewalt befreit wird. Infolgedessen betrachtete man die emancipatio saxonica als unnötig, und während das Schweizer Gesetzbuch in § 14 den altdeutschen Satz wiederholt, daß die Heirat mündig macht[2], bestimmt das BGB., daß durch Verheiratung der Tochter die elterliche Gewalt zwar einige Schwächung erfahre — sowohl in bezug auf die Person der Tochter (§ 1633) als auch in bezug auf die elterliche Nutznießung, welche erlischt, weil die Einkünfte von nun an dem Hause der Tochter zukommen sollen (§ 1661) —, im übrigen aber fortbestehen bleibe. Man wollte, daß die verheiratete minderjährige Tochter an ihrem Vater einen Rückhalt habe, insbesondere sollte der Vater zwar nicht die Nutznießung, aber die Verwaltung über das Vermögen der minderjährigen Tochter behalten, — was aber mit dem Vertrauen, das man dem Ehemann, dem man die Tochter gibt, schenken muß, wenig zusammenstimmt.

Im übrigen hat das BGB., ganz entsprechend dem Vorschlage, den ich und andere seinerzeit gemacht, aus der väterlichen Gewalt eine elterliche Gewalt geschaffen, allerdings nicht, ohne der elterlichen Gewalt der Mutter einige Beschränkungen aufzulegen. Es hat insbesondere bestimmt, daß ihr nach dem Tode des Vaters ein Beistand gegeben werden kann; und dies nicht nur, wenn sie es haben will, sondern auch kraft des Willens des verstorbenen Mannes oder kraft der Initiative des Vormundschaftsgerichts (§§ 1684, 1687). Daß auf solche Weise der Vater nach seinem Belieben der Mutter einen Beistand ernennen, sie also unter Kontrolle stellen kann, ist ein Rest alter Mannesdespotie, welcher nicht in unser Recht gehört.

Das Problem des volljährigen Kindes im elterlichen Hause aber ist vom BGB. in der Art gelöst worden, daß ähnliche Verhältnisse entstehen wie zwischen Ehegatten bei der Gütertrennung: es soll unter Familiengenossen nicht alles geschäftlich behandelt werden; wenn das Kind aus seinem Vermögen etwas für das Haus aufwendet, oder wenn es dem Elternteil das Vermögen zur Verwaltung übergibt, so soll im Zweifel angenommen werden, daß die Aufwendung eine mehr oder minder schenkweise war, und daß die Einkünfte des Vermögens der

[1] RG. 18. 6. 1908 Entsch. 69 S. 94, Posen 17. 12. 1908 Seuff. 64 Nr. 112 (oben S. 141).
[2] So auch der ungarische Entwurf § 2.

beliebigen Verfügung des Vaters oder der Mutter anheimstehen (§§ 1618, 1619 BGB.), zwei Bestimmungen, von denen allerdings die zweite natürlicher ist als die erste: die Hingabe des Vermögens in väterliche Verwaltung pflegt dem Kinde so viel Vorteile zu bieten und auch das Überlassen der Einkünfte sich so bezahlt zu machen, daß alles sachgemäß erscheint; die erstere Bestimmung aber führt dahin, daß das Kind „nie Geld hat", wenn es sich um eine Aufopferung für das Vaterhaus handelt. In bezug auf die persönliche Stellung aber ergibt sich aus der Hauszugehörigkeit, daß das Kind, namentlich die Tochter, im Hause mitzuhelfen hat, soweit dies dem Bildungsgang und der Lebensgewöhnung entspricht; die gemeinsame Arbeit ist eine Folge des gemeinschaftlichen Familienlebens, denn Leben ist Arbeit (§ 1617 BGB.).

§ 108. Die elterliche Gewalt enthält die Sorge für Person und Vermögen des Kindes. Sie unterliegt manchen Beschränkungen. Eine schrankenlose Gewalt wäre nur erträglich unter einem sehr starken Drucke der Familie oder unter dem mächtigen Einfluß anderer Faktoren, welche dem Mißbrauch einen Widerpart hielten. So ist aber unsere heutige Gesellschaft nicht mehr gestaltet; der ungeheure Individualismus unserer Lebensverhältnisse hat den Familienvater von einer Menge beschränkender Elemente befreit, die Fälle sträflichster Nachlässigkeit und ruchloser Ausbeutung sind nicht selten; vor allem aber herrscht in vielen Familien die Pest einer unsittlichen, anarchischen, alkoholverkommenen, gesellschaftsfeindlichen, diebsgewerblichen Atmosphäre in einer Weise, daß die nachfolgende Generation dem sicheren Verderben entgegenzugehen droht: hier muß der Staat einschreiten.

Man beschränkt zwar auch heutzutage von Staats halber den Familienvater nicht in der Art, daß man die Erziehung der Kinder Schritt für Schritt überwacht. Noch herrscht der Gedanke, möglichst wenig in die Familienverhältnisse hineinzuwirken, möglichst wenig zu reglementieren und den individuellen Verhältnissen des Falles, soweit sie berechtigt sind, ihre volle Entwicklung zu lassen. Noch herrscht der Gedanke, daß die Familienerziehung nicht einer staatlichen Erziehung zu opfern ist. Allein dies hat seine Grenzen. Einmal ist es sehr wohl möglich, daß die elterliche Gewalt nicht stark genug ist, um mit der Erziehung fertig zu werden: in diesem Falle kann der Staat angerufen werden, und zwar in Gestalt des Vormundschaftsgerichts, um durch geeignete Zuchtmittel die elterliche Gewalt zu unterstützen (§ 1631 BGB.)[1]. Sodann wäre es verfehlt, wollte man die jüngere Generation vollkommen der Tyrannei, der Eigensucht oder auch der Nachlässigkeit der Eltern aufopfern und auch jede sadistische Gewalttätigkeit im einzelnen dulden, oder gar das Kind in Verruchtheit, Verkommenheit, unter Branntwein- und Diebsgesindel aufwachsen lassen. Darum gibt das BGB. die viel besprochenen §§ 1666 f. (1838), welche dem Vormundschaftsrichter die Befugnis geben, die ihm gut scheinenden Maßregeln zu treffen, sobald das geistige oder leibliche Wohl des Kindes gefährdet ist, indem der Vater sein Recht über das Kind mißbraucht, das Kind vernachlässigt oder sich ehrlosem und unsittlichem Lebenswandel hingibt. Auf solche Weise kann die elterliche Gewalt beschränkt, ja ihre Ausübung in einzelnen Punkten vollständig zurückgedrängt werden. Die Anregung zu solchem Eingreifen kann von den verschiedenen Seiten ausgehen, und gegen die Ablehnung oder Aufhebung solcher Maßregeln kann die Beschwerde erhoben werden; diese steht nicht nur den Verwandten und Verschwägerten des Kindes, sondern, wenn das Kind mindestens vierzehn Jahre alt und nicht geschäftsunfähig ist, auch dem Kinde selbst zu, §§ 57 und 59 GfG. Und auch dann kann das Vormundschaftsgericht einschreiten, wenn nicht die Person, wohl aber das Vermögen durch schlechte Verwaltung gefährdet ist[2].

Auch die Art und Weise, wie dem Kinde der Unterhalt gewährt werden soll, ob in der Wohnung oder auswärts, steht im allgemeinen in der Verfügung des Trägers der elterlichen Gewalt; doch auch hier kann das Vormundschaftsgericht unter Umständen eingreifen: dann wenigstens, wenn das Kind einen Antrag auf veränderte Gestaltung der Verhältnisse stellt, z. B. wenn es begehrt, außerhalb des Hauses in anderer Umgebung aufwachsen zu dürfen, in welchem Falle der Vormundschaftsrichter ganz den Umständen entsprechend zu entscheiden

[1] Gegen Mißbräuche und Irrungen besteht das Beschwerderecht (§ 57 Z. 9 GfG.), das auch dem vierzehnjährigen Kinde zusteht (§ 59 GfG.). Besondere Bestimmungen hatte der Code Nap. a. 375—383 in Erinnerung an ältere Zeiten mit ihrer starken väterlichen Autorität.

[2] Vgl. Kammergericht 30. Dezember 1901 Mugdan IV S. 359 f.

hat (§ 1612 BGB.)[1]; dem (vierzehnjährigen) Kinde aber steht unter den eben angeführten Verhältnissen gegen die Verfügung des Vormundschaftsgerichts die Beschwerde zu.

Dazu kommt nun noch, was man in neuerer Zeit mit besonderer Lebhaftigkeit befürwortet hat, daß unter Umständen das Kind von Staats halber dem Hause entzogen und unter Fürsorgeerziehung gestellt wird. Diese Fürsorge, ihre Gestaltung und die Art ihrer Durchführung ist aber nicht reichsgesetzlich geregelt, sondern durch Art. 135 des BGB. der Landesgesetzgebung anheimgegeben. In den meisten Staaten sind derartige Anordnungen erlassen worden, so insbesondere auch in Preußen durch das wichtige Gesetz vom 2. Juli 1900, worin bestimmt ist, daß Minderjährige unter achtzehn Jahren bis zur Volljährigkeit der Fürsorgeerziehung unterworfen werden können, namentlich in dem oben angeführten Falle des § 1666[2], aber auch sonst bei Begehung strafbarer Handlungen, die wegen der Jugend strafrechtlich nicht verfolgt werden können, oder überhaupt, wenn die häusliche Erziehung so unvollkommen ist, daß sonst das völlige sittliche Verderben des Kindes zu erwarten wäre. Diese Fürsorgeerziehung erfolgt dann entweder in Fürsorgeanstalten als Anstaltserziehung oder in Einzelfamilien als Familienerziehung. Im letzteren Falle müssen besondere Fürsorger oder Fürsorgerinnen bestellt werden, welche die Familienerziehung überwachen. Auch kann der Minderjährige in Lehre gegeben und ein Lehrvertrag für ihn abgeschlossen werden (§ 9 preuß. Ges.)[3].

Über die Tragung der Kosten dieser Fürsorgeerziehung bestehen in den einzelnen Staaten verschiedene Bestimmungen[4]; in Preußen werden sie meist den Kommunalverbänden auferlegt, aber so, daß einerseits der Staat zwei Drittel zuschießt und anderseits die Kommunalverbände das Recht haben, die Erstattung der Kosten von den Unterhaltspflichtigen einzufordern (§§ 15, 16 des preuß. Ges.)[5].

Die religiöse Erziehung des Kindes ist Sache der elterlichen Gewalt, daher auch die Wahl der Religion. Welche Beschränkungen der elterlichen Gewalt hier aufzuerlegen sind, ist schon an sich bedeutsam; schwerwiegende Fragen treten aber besonders ein bei gemischten Ehen. Hier hat das Reichsrecht Art. 134 die Zügel abgeworfen und die Sache der Landesgesetzgebung überlassen, welche die verschiedensten Systeme befolgt[6].

Die elterliche Gewalt gibt Befugnisse über die Person und über das Vermögen, neben diesen auch die elterliche Nutznießung (§§ 1627 ff., 1638 ff., 1649 ff.). Die letztere ist etwas Besonderes: denn wer nutznießt, der benutzt die Sache im eigenen Interesse: die Vermögensverwaltung aber geschieht im Interesse des Kindes; wer nutznießt, der benutzt im eigenen Namen, die Vermögensverwaltung aber erfolgt in fremdem Namen. Dieser Dualismus bestand im römischen Recht nicht; auch noch im gemeinen Recht mußte man annehmen, daß der Hausvater das Vermögen im eigenen Namen verwaltete und innerhalb gewisser Grenzen im eigenen Namen darüber verfügte. Anders heutzutage: die Verwaltung ist eine Verwaltung in fremdem Namen.

Die Verwaltung in fremdem Namen setzt Vertretungsbefugnis voraus. Diese Vertretung

---

[1] Vgl. Schweizer GB. a. 276: „Die Eltern haben auf die körperlichen und geistigen Fähigkeiten und die Neigungen der Kinder, soweit möglich, Rücksicht zu nehmen."

[2] Natürlich kann im Falle des § 1666 das Vormundschaftsgericht das Kind (auf Kosten des Vaters) in fremde Erziehung geben; die Fürsorgeerziehung ist nur zu verfügen, wenn sie erforderlich ist, um die Verwahrlosung zu verhüten. Dies ist wegen der Kosten wichtig; vgl. Nölle im Arch. f. b. R. XXI S. 86 f. und die hier erwähnte Rechtsprechung des Kammergerichts; vgl. auch Mugdan IV S. 111; 273 f. Weitere Entscheidungen hierüber Kammergericht 22. November 1906, 6. Dezember 1906, 7. November 1904, 11. April 1907, 6. Juni 1907, 9. November 1905, 25. Juni 1905, 28. Juni 1907, Mugdan XVI S. 229 ff. u. a.

[3] Der Kommunalverband bedarf hierzu keiner vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, Kammergericht 6. September 1902 Mugdan V S. 290.

[4] Vgl. RG. 19. Oktober 1905 Entsch. 61 S. 381.

[5] Dies hat zu Schwierigkeiten geführt; wenn die Gerichte nicht die Fürsorgeerziehung wählen, sondern eine Unterbringung nach § 1666, so können die Armenverbände zum Unterhalt herangezogen werden, dessen sie sich häufig weigern. Vgl. Kammergericht 1. Oktober 1908 Mugdan XVII S. 268, Oberverwaltungsgericht 11. Februar 1908 Entsch. 52 S. 186.

[6] Vgl. darüber ausführlich Güttler, Die religiöse Kindererziehung (1908), S. 58 ff., Keller, Religiöse Kindererziehung nach bad. Recht (1913). Vgl. auch Kammergericht 19. März 1908 Mugdan XVII S. 182.

hat der Träger der elterlichen Gewalt: wer die Sorge für die Person hat, hat die Vertretung in Angelegenheiten der Person, wer die Sorge für das Vermögen, hat sie in Angelegenheiten des Vermögens (§ 1630 BGB.). Die Veräußerungen geschehen daher nicht im Namen des Hausvaters, sondern im Namen des Kindes; die Erwerbungen erfolgen im Namen des Kindes, wobei noch die Besonderheit gilt, daß in bezug auf bewegliche Sachen die Ersatzerwerbungen im Zweifel als im Namen des Kindes geschehen zu betrachten sind (§ 1646 BGB.).

Da auch die Verwaltung im Namen des Kindes geschieht, so ist die Nutznießung eine Nutznießung ohne eine damit verbundene Verwaltung: nur insofern steht diese mit der Nutznießung in Verbindung, als die Verwaltungskosten, soweit sie Fruchtkosten sind, von den Früchten abgehen (§ 1648).

Die Nutznießung macht den Vater von selbst zum Eigentümer der aus dem Vermögen des Kindes entstandenen natürlichen Früchte. Was die bürgerlichen Früchte betrifft, so ist er berechtigt, die Gelder sich anzueignen, nachdem er sie im Namen des Kindes eingezogen hat. Besteht das Vermögen aus verbrauchbaren Sachen, so hat er die Befugnis, sie in seinem eigenen Namen zu veräußern, z. B. Gelder beliebig zu verwenden. Allerdings hat er dabei die Verpflichtung, für die Interessen des Kindes zu sorgen, und er soll Geld nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts für sich verausgaben: allein dies ist eine Sollvorschrift, keine dingliche Beschränkung (§ 1653 BGB.). Hat aber das Kind ein Erwerbsgeschäft, so gilt die Einheit des Geschäfts; der Vater ist nicht befugt, die eingehenden Gelder für sich zu verausgaben, sondern darf immer nur den Jahresreingewinn in sein Vermögen aufnehmen und sich zueignen (§ 1655 BGB.); eine entgegengesetzte Handlung wäre eine Verfügung über fremde Gelder, welche allerdings unter der Sonderbestimmung des § 247 BGB. stünde.

Gewisses Vermögen, namentlich der Arbeitserwerb des Kindes, ist der Nutznießung des Vaters entzogen: es ist freies Vermögen des Kindes; auch ein Dritter, der dem Kinde Vermögen zuwendet, kann bestimmen, daß das Zugewandte Freivermögen sein soll: in solchem Falle hat der Vater zwar die Verwaltung im Namen des Kindes, er bezieht aber die Früchte nicht für sich, sondern für das Eigentum des Kindes [1]. Der Schenker kann auch bestimmen, daß dem Vater die Verwaltung des zugewendeten Vermögens entzogen werde (§§ 1651, 1638 BGB.), in welchem Falle die Verwaltung in die Hände eines Pflegers kommt, § 1909 BGB. Er kann ihm auch Verwaltung und Nutznießung entziehen; gewöhnlich ist beides verbunden und im Zweifel eine Kombination von beiden anzunehmen; dieses entspricht dem vermutlichen Willen des Schenkers, welcher insofern eine Zweiung von Vater und Kind haben will.

Kommt der Vater in Konkurs, so hat man genügenden Grund, ihm die Verwaltung zu entziehen, aber nicht die Nutznießung, denn die Nutznießungseinkünfte bedarf er jetzt mehr als je, daher § 1647.

In der Vermögensverwaltung ist der Vater zwar nicht so beschränkt wie der Vormund, aber auch er unterliegt staatlicher Kontrolle. Solange beide Ehegatten leben, bedarf es allerdings keines Inventars, denn man nimmt an, daß schon durch das Vorhandensein des zweiten Ehegatten eine genügende Gewähr gegen beliebige Verzettelung oder leichtsinniges Verbringen und planloses Verschleudern gegeben ist. Sobald aber der eine Ehegatte stirbt, hat der andere das Vermögen des Kindes zu inventarisieren (§§ 1640, 1686 BGB.) [2]. Dieses Inventar hat das Gericht nötigenfalls mit den Mitteln der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu erzwingen (a. 15 preuß. AusfG. z. GfG.); das Gericht soll es auf seine Vollständigkeit prüfen [3]. Einer regelmäßigen Beaufsichtigung und Rechnungsablage unterliegt der Vater nicht; wohl aber gilt folgendes:

1. Er soll die Gelder (regelmäßig) mündelsicher anlegen (§§ 1642, 1686 BGB.);

2. bei gewissen Vertretungsgeschäften muß seine Vertretungsmacht durch obervormundschaftliche Genehmigung vervollständigt werden, so bei Liegenschaftsgeschäften, aber auch bei

[1] So auch im Falle des § 1661 BGB., wenn der Vater eine minderjährige Tochter verheiratet: die väterliche Nutznießung endet, aber nicht seine Verwaltung.

[2] Auch wenn er die Nutznießung am Vermögen hat, Kamm. G. 8. Juli 1901 Mugdan III S. 105. Bei fortgesetzter Gütergemeinschaft nur das Vermögen außerhalb der Gemeinschaft, Kamm.G. 16. Dez. 1901 Entsch. freiw. G. III S. 4.

[3] Diese Prüfung kann in der Großstadt allerdings meist nur eine formale sein; vgl. Köhne, Erfahrungen eines Vormundschaftsrichters, Voss. Zeitung vom 14. Januar 1903.

sonstigen Geschäften ernsterer und gewagterer Natur[1]. Übrigens kann, wie bei dem Vormund, so auch bei dem Vater, was Geldaufnahmen, Wechselzeichnungen, Bürgschaftsleistung betrifft, die obervormundschaftliche Ergänzung zum voraus allgemein erteilt werden, namentlich wenn für das Kind ein Erwerbsgeschäft, etwa ein Bankgeschäft, zu betreiben ist (§§ 1643, 1821 f.). Das Bemerkte gilt für das freie wie für das unfreie Kindesvermögen, soweit es in der väterlichen Verwaltung steht.

3. Die Verwaltung kann beschränkt und entzogen werden, s. oben S. 155.

Auf diese Weise ist in der Vermögensverwaltung die Stellung des Vaters der eines Vormundes angenähert, aber sie ist ihr nicht gleich; insbesondere macht man an den Vater, was die Sorgfalt betrifft, nicht die gleichen Ansprüche und läßt ihn bloß für sogenannte culpa in concreto haften: denn es wäre eine zu starke Abstraktion, von ihm zu verlangen, daß er in Angelegenheiten des Kindes sein eigenes Wesen aufgeben und sich als den Verwalter fremden Vermögens betrachten sollte (§ 1664 BGB.). Auch ist es nicht gestattet ihm einen ständigen Kontrollpfleger zu setzen[2].

β) Entstehung der Kindschaftsverhältnisse.

§ 109. Die Lehre von der ehelichen Abstammung wird in früherer Zeit von dem Grundsatze geleitet: „Pater est quem nuptiae demonstrant"; er ist ein Kernspruch der patriarchalischen Familie, wie sie das indogermanische und das semitische Leben kennt: die Frau gehört dem Mann und damit auch ihr Kind, ohne Rücksicht auf die Zeugung. Wie sich dieser Satz weiter entwickelt hat, und wie allmählich der Gedanke auftauchte, daß das eheliche Kind ein Kind sein sollte, das nicht nur von der Ehefrau geboren, sondern auch von dem Ehemann gezeugt sei, wurde früher erörtert (Enzyklopädie I. S. 30). Nichtsdestoweniger hat der ursprüngliche Satz noch nachgewirkt, und er findet sich heutzutage noch in zwei wichtigen Rechtsfolgen[3]. Wenn das Kind auch nur möglicherweise von dem Ehemann gezeugt ist, so wird es ohne weiteres als ein eheliches Kind betrachtet: die Möglichkeit steht der Wirklichkeit gleich; nicht einmal die Wahrscheinlichkeit wird verlangt[4]: so wichtige Interessen wie die der Kindschaft und Elternschaft sollen nicht auf Vermutungen von größerer oder geringerer Wahrscheinlichkeit gebaut werden. Wenn daher das Kind unter Umständen geboren ist, welche auch nur die Möglichkeit einer Zeugung durch den Ehemann zulassen, so kann seine Ehelichkeit nicht bestritten werden. Das gilt insbesondere dann, wenn die Zeugung in die Zeit der Ehe fällt. Manche Rechte haben dies als unumgängliche Voraussetzung verlangt. Unser Recht nimmt aber an, daß, auch wenn das in der Ehe geborene Kind vorher gezeugt ist, es doch die Rechte eines ehelichen Kindes hat, vorausgesetzt, daß der Ehemann die Mutter vor der Ehe begattet hat. Der Unterschied zwischen beiden Fällen liegt nur darin, daß eine solche Begattung im ersteren Falle vermutet wird[5], im letzteren nicht, oder wenigstens nicht ohne weiteres (§ 1591).

Eine zweite Folge des obigen Satzes ist: wenn der Ehemann das Kind als das seinige anerkennt, dann haben dritte Interessenten nichts hineinzureden, und das Kind ist ehe-

[1] Dabei bestehen Erleichterungen im Vergleich zur vormundschaftlichen Gewalt; namentlich ist dem Vater der entgeltliche Grundstückserwerb ohne vormundschaftsgerichtliche Genehmigung gestattet (§§ 1643, 1821 BGB.); vgl. Kammergericht 14. April 1902 Mugdan V S. 183. Außerdem steht er freier, was Lehr- und Arbeitsverträge, was Vergleiche und, was die Auflösung eines dem Kinde zustehenden Erwerbsgeschäftes betrifft, §§ 1643, 1822, 1645, 1823. Vgl. auch Oberst. LG. Bayern 16. Dezember 1905 Mugdan XII S. 325. Wie, wenn bei dem entgeltlichen Erwerb eines Grundstücks Hypothekenforderungen übernommen werden? Man verlangt hier obervormundschaftliche Genehmigung wegen § 1822 Z. 10, aber sicher nicht mit Recht: denn was soll es für einen Unterschied machen, ob der Kaufpreis bar an den Verkäufer bezahlt oder dafür die Zahlung an einen Dritten übernommen wird? In Frankreich hat sich ein Gesetz v. 6. April 1910 (in Ergänzung des Code Nap.) mit der Lehre beschäftigt.

[2] KammerG. 26. September 1907 Johow 35 A 9.

[3] Natürlich hat man diese Anwendungen beibehalten, weil sie in unsere Verhältnisse paßten; wer aber darum die geschichtliche Kontinuität leugnet, verfehlt sich gegen die ersten Grundsätze der geschichtlichen Betrachtung.

[4] Vgl. auch RG. 1. Februar 1912 Warneyer Ergänzung 1912 Nr. 171. Über einen Fall künstlicher Befruchtung durch den Samen des Mannes vgl. OLG. Köln 1. Juni 1907 Mugdan XVI S. 222. Von diesem Falle handeln schon die Talmudisten, Kahane, Z. vgl. R. XXX S. 148.

[5] Diese Vermutung gilt wenigstens in regelmäßigen Fällen; nicht auch wenn eine Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft stattgefunden hat: hier wird die Vermutung durch Gegenvermutung vernichtet.

lich, nicht nur ihm gegenüber, sondern gegenüber der ganzen Familie. Auf solche Weise kann allerdings eine Art von Adoption mit einer Wirkung erfolgen, die weit über die Wirkung der gesetzlichen Adoption hinausgeht. Man kann entgegenhalten, daß eine Toleranz des Ehemanns zu dem Zweck, um ein Kind in die Ehe einzuschwärzen und dadurch die Verwandtschaft um ihr Recht zu bringen, die Begünstigung der Rechtsordnung nicht verdiene. Allein dem ist zu erwidern, daß, wenn der Ehemann mit der Ehelichkeit des Kindes zufrieden ist, es nicht angeht, daß Dritte sich einmischen und Nachforschungen halten, die zum fruchtlosen Skandal und zur widerlichen Ausspürung inniger ehelicher Verhältnisse führen. Nur dann kann die Anerkennung angefochten werden, wenn sie arglistig erschlichen oder erpreßt worden ist, § 1599 BGB. (vgl. Schweizer Gesetzbuch a. 257). Der Anerkennung steht es gleich, wenn der Ehemann von der Geburt des Kindes Kenntnis hatte und eine bestimmte Zeit verstreichen ließ, ohne die Ehelichkeit anzufechten. Die Zeit ist ein Jahr, und die Anfechtung geschieht regelmäßig durch Anfechtungsklage, mindestens so lange das Kind noch lebt (nach dem Tode des Kindes durch Erklärung an das Nachlaßgericht, § 1597 BGB.).

Stirbt allerdings der Ehemann vor Ablauf der Frist und ohne Anerkennung, dann steht die Sache auf dem Status quo; es gilt die Rechtslage, welche durch die Geburt des Kindes herbeigeführt wurde: irgendeine Rechtshandlung, um diese Rechtslage zu verbessern und eine an sich nicht vorhandene Ehelichkeit herbeizuführen, ist eben nicht erfolgt: das Kind ist mithin in solchem Fall, wenn es unmöglich von dem Ehemann gezeugt sein konnte, ein außereheliches, sonst ein eheliches. Einer Anfechtung von seiten der Verwandten, um diesen Standpunkt aufrechtzuerhalten, bedarf es nicht; ja, solche gibt es nicht: es ist nicht mehr die Rede von einer Anfechtungsklage, sondern höchstens von einer Klage zur Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Eltern- und Kindschaftsverhältnisses (§§ 1591 ff. BGB., § 640 ZPO.)[1]. Ein Punkt kann dabei noch in Betracht kommen, daß sich nämlich möglicherweise nach Lösung der Ehe die Geburt des Kindes etwas verspätet und über die im allgemeinen angenommenen Grenzen verzögert hat, also z. B. nicht am 302. Tage, sondern einige Tage später erfolgt[2]. In diesem Falle kann die medizinische Feststellung, daß eine außergewöhnliche Gestationszeit vorliegt, dem Kinde zu Hilfe kommen und ihm die Ehelichkeit wahren, indem angenommen wird, daß es noch in den letzten Tagen der Ehe gezeugt worden sei (§ 1592 BGB.)[3].

c) Uneheliche Kindschaft.

§ 110. Für die Regelung der Verhältnisse unehelicher Kinder lassen sich bei den neueren Völkern wesentlich drei Systeme erkennen[4]. Das eine System ist das römische: die unehelichen

[1] Dies ist eine sehr schlechte Einrichtung, welche recht viele Unsicherheit in die Welt bringt; das Schweizer GB. a. 256 ordnet die Sache viel einfacher und sachgemäßer dahin, daß die eventuellen Erben des Ehemannes in das Anfechtungsrecht eintreten. In einem Falle allerdings leistet der § 1593 gute Dienste, wenn der Mann verschollen ist und die Frau während der Verschollenheit Kinder bekommt. Wird der Mann nachträglich für tot erklärt, so können die Beteiligten zur Geltung bringen, daß eine eheliche Begattung ausgeschlossen war, das Kind daher ein uneheliches Kind ist. Sollte etwa der Verschollene zurückkehren und das Kind (vielleicht aus egoistischen Gründen) anerkennen wollen, so wäre die Anerkennung wegen ihrer Unvernunft nichtig, denn das Recht läßt sich nicht durch Unvernunft foppen. Über die Frage der Legitimation solcher Kinder durch eine nachfolgende Ehe des zurückgebliebenen Ehegatten mit ihrem Erzeuger vgl. Lehrbuch I S. 300, Herbert Meyer, Rechtsschein des Todes, S. 46 f., RG. 2. März 1905 Entsch. 60 S. 196 und die (vorhergegangene) Entscheidung des Kammergerichts 14. November 1902 Mugdan VI S. 155 und vom 25. Januar 1906 ebenda XII S. 298. Das Schweizer GB. a. 256 hilft in der Art, daß es bei Verschollenheit des Ehemannes und in ähnlichen Fällen den Beteiligten das Anfechtungsrecht gibt.

[2] Die Gestationszeit gilt regelrecht als begrenzt zwischen dem 181. und 302. Tage.

[3] Auch das Schweizer Gesetz gestattet eine solche Verlängerung, a. 252, ebenso Ungarn Entw. § 92.

[4] Ed. v. Liszt, Pflichten der außerehelichen Kontumbenten (1907), woraus wir S. 3 f. erfahren, daß bei vielen Naturvölkern das Mutterrecht gilt! Travers, La puissance paternelle sur les enfants naturels (1907) p. 158 f. Über das Geschichtliche vgl. Nagorski, Das Rechtsverhältnis des unehelichen Kindes zu seinem Erzeuger (1908), S. 8 f. Über das frühere Recht in Deutschland vgl. Neubauer, Das in Deutschland geltende Erbrecht; Rechtsverhältnis der unehelichen Kinder (1890), S. 47 f. Über das ausländische Recht denselben Z. vgl. R. III 321, IV 362.

Kinder stehen den ehelichen gleich; doch weil der Erzeuger unsicher und nicht, wie bei der Ehe, durch ein dauerndes Verhältnis bezeichnet ist, treten sie zum Erzeuger und seiner Familie in keine Beziehung — patrem non habent —; dagegen zur Mutter und zu allen mütterlichen Verwandten in gleiche Beziehung wie eheliche Kinder. Nicht also der Gedanke des Makels und der Unreinheit der Zeugung kommt in Betracht, sondern nur der Gedanke der Unsicherheit: nicht moralische, sondern allein intellektuelle Momente sind hier entscheidend. Dieses System ist unvollständig; denn wenn nicht immer, so läßt sich doch vielfach für die Vaterschaft große Wahrscheinlichkeit erbringen; und wenn das römische Recht für Konkubinatskinder und nur für sie eine Beziehung zum Erzeuger angenommen hat, so ist dies eine Unvollkommenheit, welche das moderne Recht zu bessern berufen ist.

Das zweite System ist das der Niederdrückung der unehelichen Kinder auf eine tiefere Stufe des Daseins. Dies ist ein Rechtsgedanke, der sich vielfach bei den Völkern findet, nirgends stärker ausgeprägt als im germanischen Rechte in den späteren Zeiten mittelalterlichen Innungs- und Geschlechterwesens. Man setzte das Kind im öffentlichen Leben herab, machte es unfähig zur Teilnahme an Gilden und Staatsämtern und wies es auf diese Weise in eine niedere Sphäre der Gesellschaftsordnung. Aber auch gegenüber den Eltern wurden die Rechte im höchsten Grade vermindert, nicht nur was den Vater und die väterlichen Verwandten, sondern auch was Mutter und mütterliche Verwandte betrifft. An diesem System krankt noch das englische und viele amerikanischen Rechte. Auch deutsche Gesetze waren von ihm durchtränkt. Noch das preußische Landrecht bestimmte, daß das Kind zwar volle Erbrechte gegenüber der Mutter habe, nicht aber gegenüber den mütterlichen Verwandten; ganz ähnlich wie das österreichische Gesetzbuch; auch der Code Nap. verwehrt ihm die Rechte gegenüber den väterlichen und mütterlichen Verwandten und gibt ihm selbst gegenüber der Mutter nur ein beschränktes Recht.

Ein drittes System zielt dahin, das uneheliche Kind in seinen Rechten möglichst den ehelichen Kindern anzunähern. Allerdings, was den Vater und die väterliche Familie betrifft, so ist man nirgends dazu gelangt, eine völlige Gleichstellung zu gewähren. Hiergegen spricht die Unsicherheit der Vaterschaft; aber man gab dem Vater die Wahl, das Kind anzuerkennen oder die Anerkennung zu verweigern: die Anerkennung sollte das Kind auf eine höhere Stufe heben, es mehr oder minder in die Familie des Mannes einführen. Es ist ein Ruhm des französischen bürgerlichen Rechts, diesen Gedanken in der Art durchgeführt zu haben, daß es dem Kinde mindestens gegenüber dem anerkennenden Vater, wenn auch nicht ein volles, so doch wenigstens ein beschränktes Erbrecht gegeben hat. Weiter sind einige neuere Gesetze gegangen, so vor allem das Berner Gesetz vom 4. Juli 1863, welches dem anerkannten Kinde volle Rechte nicht nur gegen den Vater, sondern in der Vaterfamilie überhaupt gibt, während das Schweizer Zivilgesetzbuch, Art. 461, hier wieder einen Schritt zurücktritt, indem es dem anerkannten Kinde in Konkurrenz mit dem ehelichen nicht die volle, aber doch die halbe Erbportion in der väterlichen Familie gewährt. Wird das Kind vom Vater nicht anerkannt, dann bleibt regelrecht nur die Unterhaltspflicht übrig, und das Kind steht im übrigen dem Vater und der väterlichen Familie fern. Nur in gewissen Fällen, wenn Notzucht oder Entführung vorliegt, wird in verschiedenen Gesetzgebungen das nicht anerkannte Kind dem anerkannten gleichgestellt; im Schweizer Gesetz auch wenn der Vater der Mutter die Ehe versprochen hatte, § 323 SchwGB. Diese Gestaltung der Sache verlangt eine dringende Ergänzung; auch dann ist die Anerkennung des Vaters gerichtlich zu ersetzen, wenn die beiden Eltern in regelmäßigem Umgang (in freier Liebe) leben: denn hier ist die Unsicherheit der Vaterschaft nicht erheblich größer als bei der Ehe; so auch das französische Gesetz vom 16. November 1912.

Das BGB. hat vor früheren Rechten den Vorzug, daß es dem Kinde nicht nur gegenüber der Mutter, sondern auch gegenüber den mütterlichen Verwandten die volle Stellung wahrt[1], mit anderen Worten: es ist auf den Stand des römischen Rechts

[1] Die volle Stellung, doch mit einigen Besonderheiten: die uneheliche Mutter hat zwar die Fürsorge für die Person des Kindes, aber nicht die elterliche Gewalt und nicht die Vertretung; es bedarf daher einer Vormundschaft, und der Vormund ist zugleich Beistand der Mutter, soweit ihr die Sorge über die Person zusteht, § 1707 BGB. Natürlich kann auch hier das Vormundschaftsgericht in die Personensorge eingreifen. Bezüglich des Namenrechts vgl. § 1706 BGB. In der Schweiz kann das Kind unter die elterliche Gewalt der unehelichen Mutter gestellt werden: eine

zurückgekehrt, den die deutschen Rechte in schwerer Abirrung und grober Verkennung der Menschenrechte verlassen hatten. Den Namen hat das Kind nach der Mutter (§ 1706) und behält ihn auch trotz der Anerkennung des Vaters[1]. Überhaupt gibt das Gesetz dem Kinde gegenüber dem Erzeuger nur sehr beschränkte Rechte, nämlich nur Rechte des Unterhalts, und hier kann auch leider die Anerkennung des Vaters nicht viel helfen; denn diese soll nur die Bedeutung haben, daß die sogenannte exceptio plurium ausgeschlossen und die Legitimation erleichtert wird, so §§ 1718 und 1720[2], dagegen ist sie nicht in der Lage, dem Kinde gegenüber dem Vater und der Verwandtschaft des Vaters eine familienrechtliche Stellung zu verschaffen — eine Behandlungsweise, welche gegenüber dem Code civil einen bedauerlichen Rückschritt verzeichnet und der neuzeitlichen Rechtsanschauung völlig zuwider ist.

Wie konnte man die gesamte moderne Entwicklung auf solche Weise ignorieren!

Hat unser Gesetz in dieser Beziehung den Erwartungen nicht entsprochen, die man hegen konnte, so weist es im folgenden eine recht seltsame Bildung auf. Während bisher der Unterhalt durch den Erzeuger nur als Notunterhalt bei Dürftigkeit der Mutter gedacht war, so ist er jetzt ein väterlicher Unterhalt, ähnlich wie bei der Ehe, nur mit folgendem Unterschied: 1. muß er in Geld geleistet werden, und der Vater hat nicht das Recht, das Kind in eigene Erziehung zu nehmen; 2. reicht er regelmäßig nur bis zum 16. Lebensjahre des Kindes, und 3. ist er nicht verbunden mit sonstigen Rechten der Obsorge für das Kind. Entsprechend ist nicht die Lebensstellung des Vaters, sondern die Lebensstellung der Mutter entscheidend: das Kind wird nach der Lebensstellung der Mutter erzogen, und danach richtet sich die Unterhaltspflicht. Mithin hat der Erzeuger, wenn die Mutter in einer reichen und bedeutenden Lebensstellung ist, einen dementsprechenden Unterhalt zu leisten, während, wenn sie in Armut lebt, der Unterhalt nur den dürftigen Verhältnissen zu genügen hat. Auf diese Weise hat man den Vaterschaftsgrundsatz und hat ihn auch wieder nicht: der Vater muß alimentieren, aber nicht so, wie es seinen Verhältnissen, sondern wie es den Verhältnissen der Mutter entspricht[3]. Das Gesetz hat dies ausdrücklich durch den Satz ausgesprochen, daß die Unterhaltspflicht des Vaters an erster Stelle steht und der Pflicht der Mutter vorgeht (§§ 1708, 1709 BGB.). Dies führt zu den sonderbarsten Folgerungen. Der Hauslehrer, der mit einer Prinzessin ein Kind erzeugt, hat eine Prinzenerziehung zu bestreiten[4]!

Kinder aus einer nichtigen Ehe werden wie eheliche behandelt, sobald auch nur einer der Ehegatten im guten Glauben war: ist dies nicht der Fall, dann hat das Kind, solange der Vater lebt, gegen ihn die Unterhaltsrechte eines ehelichen Kindes, und erst mit dem Tode löst es sich von der väterlichen Familie ab (§ 1703). Viel richtiger bestimmt das Schweizer Gesetzbuch, daß solche Kinder stets wie eheliche gelten, ohne Rücksicht auf den guten Glauben der Ehegatten: sie haben die Abstammung aus einer staatlich geschlossenen Ehe für sich! So § 133 SchwGB. und § 91 Ungarischer Entwurf: „Ehelich ist das Kind, wenn auch die Ehe nichtig oder infolge einer Anfechtung ungültig ist." Vgl. oben S. 138.

Ein Hauptproblem ist die Stellung des unehelichen Kindes nach dem Tode des Erzeugers. Da es gegen ihn kein Erbrecht hat, so gibt man ihm ein Unterhaltsrecht auch gegenüber dem Nachlaß, welches aber durch die Leistung des Pflichtteils eines ehelichen Kindes abgelöst werden kann: denn das uneheliche Kind kann vom Gesetze nimmer eine bessere Behandlung verlangen als das eheliche (§ 1712 BGB.).

---

empfehlenswerte Bestimmung, a. 329 SchwGB. Das französische Gesetz vom 2. Juli 1907 gibt den das Kind anerkennenden Eltern die elterliche Gewalt.

[1] Über die Benennung der Findelkinder vgl. Weyl, Name der Findelkinder (1903), welcher annimmt, daß es das Recht des Vormundes sei, dem Findelkind einen Vor- und Nachnamen zu geben (S. 35 f.).

[2] Die Anerkennung des § 1718 ist, wie die Verzeihung, ein neutraler Akt, kein Rechtsakt und unterliegt daher nicht der Anfechtung wegen Irrung. Zwang und Betrug kommen nur wie bei einem neutralen Akt in Betracht; vgl. auch RG. 30. Juni 1904 Entsch. 58 S. 348.

[3] Richtiger das Schweizer GB. § 319; nach der Lebensstellung der Mutter und des Vaters.

[4] Dazu kommt die Fürsorge für die unehelichen Mütter während der Entbindungszeit, § 1715 BGB. Diese ist keine Entschädigung: zur Entschädigung ist der Erzeuger nicht verpflichtet; und wenn die Mutter wegen der Entbindung ihren Dienst verliert, so ist dies nicht zu ersetzen: habeat sibi; es müßten denn besondere zur Entschädigungspflicht führende Umstände vorhanden sein. Nach dem Schweizer GB. ist eine Genugtuung zu leisten, wenn der Mann der Frau die Ehe versprochen hat, a. 318 SchwGB.

§ 111. Das BGB. hat das durch das kanonische Recht entwickelte, schon im Rechte von Byzanz wurzelnde Institut der Legitimation angenommen. Das uneheliche Kind soll ehelich werden, sobald die beiden Erzeuger einander heiraten, und die Legitimation soll auch zugunsten der Abkömmlinge eines unehelichen Kindes wirken, selbst wenn dieses vor der Ehe seiner Eltern gestorben ist (§§ 1719, 1722 BGB.). Das Institut ist so weit durchgedrungen, daß es, obgleich das englische Recht stets widerstrebt hat, von manchen amerikanischen Staaten angenommen wurde. Man hat allerdings behauptet, daß durch die Möglichkeit der Legitimation die Leichtfertigkeit genährt und viele Paare zu ungesetzlichen Verbindungen verleitet würden, indem sie auf eine künftige Ehe bauten. Indes sind doch diese Gegengründe verschwindend gegenüber dem außerordentlichen Segen, der dadurch den unehelichen Kindern zukommt, deren Zukunft auf unabsehbare Weise verbessert wird. Dazu kommt noch folgendes: die Vorstellung, daß unter den Verlobten der Umgang zulässig sei und die Brautkinder den ehelichen gleichstünden, ist noch immer nicht verschwunden und haftet mit vieler Zähigkeit; diesen Brautkindern aber die Möglichkeit der Legitimation abzuschneiden, wäre ein schweres Unrecht.

Voraussetzung ist, daß das Kind das Kind der späteren Eheleute ist, daß es also von der Frau geboren wurde, und daß in der unterstellbaren Zeit eine Begattung mit dem Manne der künftigen Ehe stattgefunden hat. Eine Anerkennung des Kindes durch diesen Mann ist wünschenswert, aber nicht notwendig [1].

Findet nun daraufhin eine Eheschließung statt, dann wird das Kind ehelich: die Eheschließung wirkt als Tatsache, nicht als Rechtsgeschäft; eine Bezugnahme auf die Existenz des Kindes oder auch nur ein Bewußtsein davon ist bei der Eheschließung nicht erforderlich: das Kind wird sofort ehelich mit dem Augenblick der Eheschließung; aber auch erst mit diesem Augenblick: es ist nicht etwa so, als ob es von jeher ehelich gewesen wäre; auf der anderen Seite aber bekommt es die Rechte des ehelichen Kindes sowohl gegenüber den Eltern als auch gegenüber der väterlichen Verwandtschaft, so daß der Erfolg eintritt, als ob es im Augenblick der Eheschließung ehelich neu geboren wäre.

Allerdings setzt diese Einrichtung voraus, daß eine Ehe zustande kommt, was nicht immer möglich ist, und wenn also beispielsweise der eine der beiden Eltern stirbt, so ist dem Kinde diese Einsetzung in den ehelichen Stand versagt. Man hat darum schon im römischen Rechte und nun auch in dem unsrigen zu dem Mittel der Ehelichkeitserklärung, der legitimatio per rescriptum principis gegriffen: diese Ehelichkeitserklärung des Staates (das Reskript) wird aber bei uns nicht als Sondergesetz gedacht, sondern als Element, das mit anderen Elementen wirkt; es kommt nämlich in Betracht: 1. die Erklärung des Erzeugers unter Zustimmung des Kindes, welches, wenn es 14 Jahre alt ist, selber einwilligen muß, und unter nebensächlicher Zustimmung anderer Personen (der Mutter des Kindes und der Frau des Erzeugers), und sodann 2. ein darauf gegründeter ergänzender Akt der Staatsverwaltung; wobei die Staatsverwaltung nach Opportunität handeln und nach arbiträrem Ermessen die Ehelichkeit gewähren oder verweigern kann (§§ 1723 ff.). Die Gewährung heißt Ehelichkeitserklärung. Dieses Institut leidet bei uns an dem schweren Mangel, daß es nur Beziehungen zwischen dem Kinde und dem Vater schafft, nicht auch gegenüber der Verwandtschaft des Vaters, und so eine Halbheit bleibt (§ 1736). Allerdings ist die Beziehung zwischen Kind und Vater eine doppelseitige: das Kind hat nicht nur Erbrechte gegenüber dem Vater, sondern auch dieser gegen das Kind. So bekommt das Kind einen Vater, aber keine Familie [2].

Es wäre wohl an der Zeit gewesen, dem natürlichen Vater die Befugnis zu geben, das Kind anzuerkennen und es dadurch in den Stand eines quasiehelichen Kindes zu setzen; nicht

[1] Manche Gesetze haben die Legitimation der Ehebruchskinder ausgeschlossen, so auch Code Nap. a. 331, Dies wurde geändert durch Gesetz v. 7. Novbr. 1907 (mit einigen Besonderheiten: der Mann soll nicht das Kind der während der Ehe ausgehaltenen Maitresse zur Legitimation bringen können, wohl aber die Frau das vom Ehemann verleugnete Kind).

[2] Italienische Statuten lassen die Ehelichkeitserklärung gegen Verwandte wirken, welche zugestimmt haben, so Ferrara (1567): nisi legitimatus fuerit de voluntate aut consensu expresso . . agnati (II 142). Nach dieser Richtung hat man leider das Institut nicht ausgebaut.

nur gegenüber ihm, sondern gegenüber der ganzen väterlichen Familie. Das haben die Verfasser des BGB. aus formeller Sittlichkeit nicht gewollt. — Eugen Huber aber hat es getan trotz des puritanischen Sinnes der Schweiz [1].

d) Künstliche Verwandtschaft.

§ 112. Von den früher so reichhaltigen Instituten künstlicher Verwandtschaft ist im heutigen Recht nur eines übriggeblieben. Die Ankindung (Annahme an Kindesstatt [2], Adoption) ist als ein aushilfsweises Ausnahmeinstitut anerkannt worden für den Fall des wirklichen (oder kraft Todeserklärung rechtlich unterstellten) Mangels ehelicher Kinder, und zwar in der Weise, daß dadurch ein persönliches Verhältnis zwischen dem Ankinder und dem Kinde entsteht, aber ohne Aufnahme des Kindes in die Familie. So leidet dieses Institut an einer vollkommenen Halbheit: das Kind bekommt Rechte gegen den Wahlvater, bleibt aber ein Kind seiner Familie und steht der Familie des Wahlvaters fern. Aber man nimmt diese Halbheit in Kauf, weil man das Kind nicht der Adoptivfamilie aufdrängen will. Nötig ist diese Beschränkung nicht; es wäre immerhin denkbar, daß auch hier nach Befragung der großjährigen Familienmitglieder eine Beziehung zwischen dem Kinde und der neuen Familie geschaffen würde. Ein Verhältnis in der Art, daß das Kind zum einen Mitglied der Familie in Beziehung steht, zum andern nicht, hat immer seine Mißlichkeiten: es schafft ein trennendes Moment im Zusammenhalt der Familie. Bonaparte wollte seinerzeit eine Ankindung mit gesteigerter Wirkung einführen, ist aber im Staatsrat nicht durchgedrungen.

Sodann wirkt die Ankindung einseitig (als adoptio minus plena), indem das Kind Rechte gegenüber dem Wahlvater erwirbt, nämlich das Aussteuerrecht und das volle Erb- (auch Pflichtteils-)recht; während der Wahlvater zwar das Recht der Fürsorge [3] über Person und Vermögen des Kindes und damit das Erziehungsrecht und die elterliche Nutznießung erlangt, auch das Recht auf Dienste, soweit man solche von den ehelichen Kindern verlangen kann, und das Recht des Vormundschaftsvorschlages, dagegen kein Erbrecht: die Ankindung soll für das Kind sorgen, nicht für den Wahlvater. Durch besondere Klausel des Ankindungsvertrages kann auch auf Erbrecht des Kindes und das Nutznießungsrecht des Wahlvaters verzichtet werden, nicht aber auf sonstige Eltern- und Kindesrechte [4].

Die Ankindung ist bei uns ein Vertrag zwischen Wahlvater und Wahlkind, unter Bestätigung des Gerichts, wobei dem Gericht nur eine freiwillige Gerichtsbarkeit in dem Sinne zugestanden wird, daß es prüfen soll, ob die gesetzlichen Voraussetzungen gegeben sind [5]; dagegen nicht in dem Sinne, ob der Wahlvater ein Mann guten Rufes und seine Familie eine gute Unterkunft und Versorgung des Kindes ist. Zu loben ist diese Beschränkung nicht [6]. Im übrigen wird der Vertrag abgeschlossen zwischen dem (mindestens 50 Jahre alten) Wahlvater [7] und dem Kinde, welches, wenn es 14 Jahre alt ist, selber die Einwilligung zu geben hat, natürlich unter entsprechender Zustimmung der gesetzlichen Vertreter und des Vormundschafts-

[1] Schweizer ZGB. a. 303 f. Vgl. meine Abhandlung in Rhein. Zeitschr. V S. 18.

[2] Diesen schwerfälligen, steifleinenen Ausdruck hat das BGB. Warum nicht Ankindung? So kommt das BGB. zu der Bezeichnungsweise: der Annehmende für den Adoptanten. Auch Eugen Huber, der sonst so schöne deutsche Ausdrücke hat, spricht a. 268 Schweizer ZG. vom Annehmenden. Warum nicht Wahlvater?

[3] Daher hat der Wahlvater zu bestimmen, inwieweit er der unehelichen Mutter des Kindes den Verkehr mit ihm gestattet. RG. 12. Juli 1906 Entsch. 64 S. 47.

[4] Vgl. auch Kammergericht 8. Juli 1901 Mugdan IV S. 107.

[5] Über die Bekanntmachung des Beschlusses an die Parteien und die sofortige Beschwerde im Falle der Versagung s. GfG. §§ 67, 68.

[6] Anders nach Code Nap. a. 355 (si la personne qui se propose d'adopter jouit d'une bonne réputation), anders nach Schweizer GB. a. 267 (wichtige Gründe vorliegen, und dem Kinde kein Nachteil entsteht). Also soll nach unserem Recht das Amtsgericht eine Adoption bestätigen, wenn ein Päderast 20 Personen über 21 Jahren adoptieren will und sich dadurch eine widernatürliche Familie gründet!

[7] Nach Schweizer Recht genügen 40 Jahre, a. 264 Schweizer GB.; so auch Ungarn § 120. Auch bei uns kann kraft Dispenses die Adoption in früherem Alter erfolgen, § 1745. Dies ist auch notwendig. Will jemand mit 50 Jahren einen 5jährigen Knaben adoptieren, so wird er, wenn alles gut abläuft, etwa 71 Jahre alt, bis der Adoptierte versorgt ist und heiraten kann. Auf Enkel kann er dann etwa im 74. oder 75. Jahre rechnen. Dies entspricht dem Familiengedanken höchst unvollkommen.

gerichts. Außerdem haben die Eltern des noch nicht 21 Jahre alten zuzustimmen und, wenn der Wahlvater verheiratet ist, dessen Ehegatte; während, wenn der Wahlsohn verheiratet ist, die Zustimmung seines Ehegatten erforderlich ist, § 1746. Diese Zustimmung der Eltern und des Ehegatten ist zwar erforderlich, hat aber nur nebensächlichen Charakter. Auch ein uneheliches Kind des Wahlvaters kann adoptiert werden[1]; es verliert dadurch nicht seine bisherigen Rechte, verbindet aber damit die Rechte eines Wahlkindes.

Eine Ankindung durch mehrere Personen widerspricht der Natur des Instituts. Das Kind soll einen Vater oder eine Mutter bekommen, welche ihm die Sorge eines leiblichen Elternteils bieten; mehrfaches Elterntum ist vom Übel. Dagegen ist es vollkommen begründet, daß, wenn der Wahlvater verheiratet ist, auch sein Ehegatte nicht nur die Zustimmung geben soll, sondern auch mit adoptieren kann. Er bekommt dann die Stellung eines zweiten Elternteils, und so hat das Kind Wahlvater und Wahlmutter zugleich. Ist es auf solche Weise beiderseitig adoptiert, dann ist die Elternadoption eine Einheit, und daraus hat man mit Recht gefolgert, daß diese Adoption nicht einteilig aufgehoben werden kann, d. h. nicht durch einen Elternteil allein, sondern nur durch beide (§ 1768 BGB.).

Soll die Ankindung einen Sinn haben, so muß das Kind jünger sein als der Wahlvater, und zwar um ein Beträchtliches jünger. Man verlangt regelmäßig etwa 18 Jahre, so daß eine Art von kindlichem Verhältnis entsteht: das ist dasjenige, was schon die Inder die Putracchaya, die Sohnesähnlichkeit, nannten. Dies hat auch das BGB. als Regel angenommen, aber, wie die meisten Gesetze, eine Abweichung kraft besonderen Dispenses gestattet, was wohl für Einzelfälle begründet sein mag. Doch hätte die Bestimmung nicht fehlen dürfen, daß unter allen Umständen — auch beim Dispens — das Kind jünger sein muß als der Elternteil — eine Bestimmung, die im BGB. fehlt, während sie sich z. B. im französischen Rechte findet (que l'adoptant soit . . . . plus agé que l'adopté). Das Gegenteil wäre Unnatur, § 1744 f.

Daß die Ankindung durch gegenseitigen Vertrag aufgehoben werden kann, ist begründet und allgemein Rechtens; denn eine solche künstliche Familienschaft soll nicht mehr fortbestehen, wenn sie sich als unerträglich erweist. Auch hier muß übrigens das Gericht die (lediglich rechtspolizeiliche) Bestätigung zu dem Aufhebungsvertrag geben (§§ 1768—1770). Mißlich aber ist, daß eine einseitige Aufhebung nicht möglich ist, auch wenn von der einen oder anderen Seite schwere Verfehlungen vorliegen: es ist höchstens möglich, die elterliche Gewalt des Adoptivvaters zu brechen wie die eines leiblichen Vaters. Das Schweizer Gesetzbuch ist hier in viel vorsorgenderer Weise vorgegangen; es gestattet, daß der Richter aus wichtigen Gründen die Ankindung mit Wirkung in die Zukunft aufheben kann, a. 269 SchwGB., ebenso Ungarn § 145.

Hat das Gericht eine Ankindung bestätigt, ohne daß die kategorischen Voraussetzungen vorhanden sind, also ohne daß ein Vertrag vorliegt, ohne daß die erforderlichen Personen zustimmen, so ist das, was geschieht, ohne Rechtswirkung, und eine Kindesannahme liegt nicht vor[2]. Doch ist anzunehmen, daß, wenn Dritte auf Grund des gerichtlichen Aktes hin gutgläubig gehandelt, z. B. mit dem Adoptivvater Geschäfte abgeschlossen haben, sie verlangen können, daß diese Geschäfte ihnen gegenüber gelten nach Analogie von § 1344 und nach § 32 GfG.

Eine formgerechte Adoption hat ihre Wirkung: eine simulierte Adoption gibt es ebenso wenig wie eine simulierte Ehe[3].

[1] Eine alte Frage. Justinian hatte (wie vorher Justinus) im Nov. 74 die Adoption von Konkubinatskindern verboten, was die Praxis vielfach auf uneheliche Kinder ausdehnte. In Frankreich hat Bonaparte die Adoption eines unehelichen Kindes mit warmen Worten empfohlen; die spätere Literatur und Praxis war zwiespältig; der Kassationshof hat sich seit 1846 ständig für die Zulässigkeit erklärt. In Deutschland ist die Zulässigkeit ohne weiteres anzunehmen. Namentlich im Falle des § 1757, wenn die Ehegatten das natürliche Kind der Mutter adoptieren, erweist sie sich als sehr heilsam; vgl. auch Kuttner, Jahrb. f. Dogm. **47** S. 10 f., 39 f., Dittenberger, Arch. f. ziv. Praxis **95** S. 431, wo auch weitere Literatur. Manche widersprechen überhaupt, manche, wie z. B. Müller, Arch. f. ziv. Praxis **95** S. 282, widersprechen für die uneheliche Mutter (aber es ist unrichtig, zu sagen, daß zu ihr bereits ein eheliches Kindschaftsverhältnis bestehe). Wie, wenn nach solcher Adoption durch den leiblichen Vater beide leiblichen Eltern einander heiraten? Dann geht die Legitimation vor sich: sie kann nicht durch die dazwischentretende Adoption verhindert werden; über den Namen des Kindes in diesem Fall vgl. Ungarn Entw. § 142.

[2] Die Voraussetzungen von §§ 1746, 1747 können fehlen (1756); sie enthalten ein bloßes impedimentum impediens.

[3] Verfehlt Kammergericht 15. März 1906 Freiw.G. VII S. 82 und die weiteren dort zit. Entsch.

Eine Art von Adoption war früher die Einkindschaft, wodurch ein Kind früherer Ehe in eine neue Ehe aufgenommen wurde. Sie ist in den modernen Gesetzbüchern weggefallen [1].

e) Muntrecht.

§ 113. Die indogermanischen Rechte gingen davon aus, daß die Vormundschaft Sache der Familie sei und der Vormund dem Kinde in ähnlicher Weise gegenüberstehe, wie der Träger der elterlichen Gewalt. Der Vormund wirkte wie ein anderer Elternteil, er war dem Kinde ein zweiter Vater, und das Kind wuchs in seiner Fürsorge und in seiner Familie wie sein eigenes Kind auf. Dieser Standpunkt war zwar im römischen Recht bereits überwunden; aber immer noch blieb der Vormund vorzugsweise Familienvormund: er konnte im Testament bezeichnet werden, und der testamentarische Vormund war kraft Testaments, der gesetzlich Verwandte war kraft Gesetzes Vormund ohne staatliche Mitwirkung. Daher haftete er auch nur, ebenso wie der Vater, für Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten: der Gedanke der Familienbeziehung, der Gedanke des in der Vormundschaft sich betätigenden aufopfernden Familiensinnes war noch nicht völlig erloschen und wirkte immer noch nach. Erst allmählich hat sich im römischen Recht der Amtsvormund entwickelt, d. h. derjenige, der von Obrigkeits wegen tätig ist.

Frühzeitiger ist im deutschen Rechte der Gedanke des Amtsvormundes entstanden aus dem Satze, daß dem König die Sorge für die Witwen und Waisen obliege: aus diesem Gedanken hat sich die moderne Vormundschaft herausgestaltet; sie ist im wesentlichen germanisch, nicht römisch.

In unserem heutigen Recht ist der Vormund stets Amtsvormund. Er wird regelmäßig von der Vormundschaftsbehörde ernannt und erlangt erst durch diese Ernennung Rechte und Pflichten eines Vormunds. Dem entspricht es auch, daß er nicht nur keinen Teil an den Nutzungen des Vermögens des Kindes hat, sondern für dessen Verwaltung und Fruchtziehung wie ein fremder Geschäftsführer einsteht, also auch für alles Verschulden haftet (§ 1833 BGB.).

Dieser Gedanke hat manche Rechte — z. B. das Preußische Landrecht — dahin geführt, den Vormund gleichsam nur zu einem Gehilfen des Richters zu machen, so daß der Richter die eigentliche Verwaltung hatte und dem Vormund fast alle Initiative fehlte. Dies hat man aufzuheben gedacht: in der Preußischen Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 suchte man unter voller Anerkennung des Vormunds als Amtsvormundes seine Freiheit in der Verwaltung wiederherzustellen und die Aufsicht des Gerichts in die entsprechenden Schranken zurückzudrängen.

Daneben hat man in modernen Rechten wiederum einige Gedanken der alten Familienvormundschaft hervorgezogen, und so kennt schon die Preußische Vormundschaftsordnung und nunmehr auch das BGB. neben dem Vormundschaftsgericht den sog. Familienrat.

Die Vormünder sind also nach dem BGB. stets Amtsvormünder, die vom Vormundschaftsgericht unter Abnahme des Handschlags zu bestellen sind, §§ 1789—1791; landesgesetzlich ist etwas anderes möglich, und in der Tat sind z. B. in Preußen [2] gewisse Anstaltsvorstände gesetzliche Vormünder. Die Benennung im Testament und die Verwandtschaft kann niemanden zum Vormund machen, also keine tutela testamentaria oder legitima: doch besteht für das Vormundschaftsgericht die Vorschrift, daß es derartige durch Gesetz oder Verwandtschaft bezeichnete Personen wählen soll, sofern nicht ganz besondere Gründe dagegen sprechen (§§ 1776 f. BGB.) [3]. Besonderes gilt von der Vormundschaft über einen volljährigen Entmündigten: hier können Vater, Mutter, Ehefrau zu Vormündern ernannt werden, §§ 1899, 1900. Dazu steht dem Richter noch die außerordentliche Macht zu, während des Entmündigungsverfahrens einen vorläufigen Vormund aufzustellen, wodurch die in Frage stehende Persönlichkeit sofort geschäftsbeschränkt wird, §§ 1906, 114 BGB. [4].

[1] Über sie vgl. meine Abhandlung in Festgabe für von Martitz S. 89 f. Über die Vereinkindschaftung im Lindauer Recht vgl. Stölzle, Güter- und Erbrechtsverhältnisse im Allgäu (1907), S. 94 f.

[2] AusfG. zum BGB. Art. 78.

[3] Über solche Gründe vgl. OLG. Karlsruhe 23. Mai 1902 Recht VI S. 324, 483. Wegen Übergehung ist sofortige Beschwerde statthaft, § 60 Z. 1 GfG.

[4] Hiergegen ist die sofortige Beschwerde zulässig, § 60 Z. 5 GfG. (im Falle der Ablehnung einer solchen Bestellung hat jeder zum Entmündigungsantrag Befugte die einfache Beschwerde, § 57 Z. 2 GfG.). Über einzelnes vgl. Schanz, Vorläufige Vormundschaft (1801), S. 70 f.

Die Gültigkeitsfrage aber ist in der Art geordnet, daß möglichst wenig Ungültigkeitsgründe bestehen; denn eine ungültige Vormundschaft hat die schweren Folgen, daß der Vormund keine Vertretungsmacht hat und seine namens des Mündels geführten Geschäfte unwirksam sind; darum bestimmt das BGB., daß nur der Geschäftsunfähige und der Entmündigte vormundschaftsunfähig ist, während selbst der als ehrlos Erklärte, selbst der Minderjährige, selbst der im Konkurs Befindliche Vormund sein kann (§§ 1780 f. BGB.). Die Bestimmung zielt namentlich dahin, daß wenn etwa im Grenzgebiet der Jahre etwas übersehen ist, z. B. ein noch nicht ganz Einundzwanzigjähriger zum Vormund ernannt ist, keine Unwirksamkeit der Geschäfte eintritt. Richtiger wäre es gewesen, einfach den obigen Grundsatz walten zu lassen, daß, wenn der einmal ernannte Vormund Geschäfte abschließt, der gutgläubige Erwerber die Geschäfte als gültig beanspruchen kann nach Analogie von § 1344 und § 32 GfG.

Frauen — das ist ein großer Fortschritt unseres BGB. — können Vormünderinnen sein, und zwar nicht nur Mutter und Großmutter. Nur bestehen zwei Besonderheiten: die Frau kann die Vormundschaft stets ablehnen, und die Ehefrau soll nur mit Zustimmung ihres Ehemannes Vormünderin sein [1]: die Zustimmung kann auch später widerrufen, oder, wenn die Frau nachträglich heiratet, später verweigert werden (§§ 1783, 1786, 1887 BGB.).

Der Vormund hat Recht und Pflicht der Obsorge über Person und Vermögen, er hat auch die Vertretungsmacht [2]. In dieser Obsorge und in der Art und Weise, wie er in dieser Vertretung zu wirken hat, ist er nach vielen Richtungen unter die Kontrolle des Vormundschaftsgerichts gestellt, vielfach auch unter die Kontrolle des Gegenvormundes, der ernannt werden soll, sobald eine erhebliche Vermögensverwaltung vorhanden ist (§ 1792 BGB.). Insbesondere soll bei Anlage des Mündelgeldes der Gegenvormund und eventuell das Vormundschaftsgericht zugezogen werden; ebenso soll regelmäßig der Gegenvormund dann zugezogen werden, wenn der Vormund Gelder erhebt, §§ 1812 f., und Inhaberpapiere sollen (mindestens die Mäntel und die Erneuerungsscheine) in qualifizierter Weise hinterlegt werden, §§ 1814 f. Gewisse Rechtsgeschäfte kann der Vormund nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts vornehmen; ohne diese Genehmigung sind sie unwirksam, §§ 1821 f.[3] Bei Verträgen dieser Art kann der andere Teil dem Vormund, wie gewöhnlich, eine zweiwöchige Frist setzen, um die Genehmigung darzutun: ansonst gilt die Genehmigung als nicht erfolgt und der Vertrag als unwirksam. Ist der andere Teil getäuscht worden, indem der Vormund ihm unrichtigerweise eine bereits erfolgte Genehmigung vorspiegelte, so kann er sofort widerrufen (§§ 1829 ff.). Die bezeichnete Kontrolle entbindet den Vormund nicht von der eigenen Verantwortung [4].

Der Vormund als Amtsvormund haftet für alles Verschulden, ebenso auch der Gegenvormund; die Frage, ob er auch für das Verschulden von Mittelspersonen haftet (§ 278) ist zu bejahen; jedoch sind solche Mittelspersonen nur die Personen der eigentlichen vormundschaftlichen Geschäfte, nicht die Personen, welche er in Ausübung seines vormundschaftlichen Dienstes für eine Tätigkeit anstellt, die nicht mehr zur Vormundschaftstätigkeit gehört; hier haftet er nur für Verschuldung in Auswahl und Überwachung [5].

Der Vormund steht unter der beruflichen Kontrolle der Obervormundschaft, welche ihn durch Geldbuße zur Funktion anhalten kann, §§ 1788, 1837; er hat hier auf Verlangen stets Auskunft zu erteilen und regelmäßig jährlich (unter Mitwirkung des Gegenvormundes) Rech-

[1] Die Ehefrau kann Vormünderin des Entmündigten sein; daß hier die Zustimmung des Ehemannes nicht erforderlich ist, hat § 1900 noch ausdrücklich gesagt, für den Fall, daß ein besonders eigenartiger Richter aus § 1783 das Gegenteil entnehmen könnte!

[2] Handelt es sich um einen volljährigen Entmündigten, so ist die Obsorge über die Person den Verhältnissen angemessen: sie tritt also nur ein, soweit es sich um Sicherheit der Person und des Publikums und um Heilung handelt, § 1901. Vgl. auch Schweizer GB. a. 406, Ungarn Entw. § 323. Man muß hier die Rechte der Persönlichkeit wahren.

[3] Die Genehmigung geschieht nach § 1828 BGB. durch Erklärung gegenüber dem Vormund. Der Vormund kann eine Vertretung bezeichnen, der gegenüber die Genehmigung zu erklären ist; dagegen ist die Bestimmung, daß die Genehmigung ohne Erklärung gelten solle, unwirksam. Bei einseitigen Rechtsgeschäften muß die Genehmigung im Augenblick der rechtsgeschäftlichen Erklärung vorhanden sein. Vgl. die Entscheidungen des Kammergerichts 21. Mai 1902, 23. Juli 1902 Mugdan V S. 404 ff. und RG. 7. Dez. 1904 Entsch. 59 S. 277.

[4] Bayerisches Oberst. LG. 9. Oktober 1902 Recht VI S. 558.

[5] RG. 1. Mai 1911 Entsch. 76 S. 185.

nung abzulegen, §§ 1837, 1839, 1840 f. Die Obervormundschaft selbst ist für die richtige Kontrolle verantwortlich, §§ 1837, 1848. Eine Sicherheitsleistung kann dem Vormund nach Ermessen der Obervormundschaft auferlegt werden, § 1844. Über die Art der Erziehung kann das Vormundschaftsgericht befinden, § 1838.

Der Vormund verliert die Vormundschaft durch Entmündigung, ferner durch Entlassung, zu welcher der Vormundschaftsrichter im Interesse der Sache schreiten kann, §§ 1885, 1886 [1].

Der preußischen Vormundschaftsordnung entspricht auch das Institut der befreiten Vormundschaft kraft elterlichen Testaments, bei welcher die Kontrolle des Vormunds wesentlich erleichtert ist (§§ 1852 ff.). Es handelt sich insbesondere um die Befreiung von der Gegenvormundschaft, von einigen peinlichen Bestimmungen über die Geldanlage und von der periodischen Rechnungslegung. Doch hat die elterliche Bestimmung keine absolute Kraft, und das Vormundschaftsgericht kann trotzdem die Kontrollmaßregeln auferlegen, wenn es dies sachgemäß findet, § 1857. Sind Vater oder Mutter Vormünder eines volljährigen Entmündigten, so versteht sich für sie die befreite Vormundschaft von selbst, §§ 1903, 1904 BGB. Übrigens hat sich die Hinterlegungsstelle die nötigen Belege vorweisen zu lassen, um zu ermitteln, ob die Vormundschaft eine befreite ist [2].

§ 114. Die Obervormundschaft wird geführt vom Vormundschaftsgericht; dieses ist regelmäßig das Amtsgericht. Jedoch kann, sei es infolge eines elterlichen Testaments, sei es auf Antrag nach Ermessen des Vormundschaftsgerichts, ein Familienrat eingesetzt werden, der aus dem Vormundschaftsrichter und zwei bis sechs Mitgliedern (mit einem Quorum von zwei Mitgliedern) besteht, die entweder durch elterliches Testament berufen sind oder durch den Vormundschaftsrichter und den Familienrat gewählt werden (§ 1858 BGB.). Meist sollen es Verwandte oder Verschwägerte sein. Dieser Familienrat beschließt an Stelle des Vormundschaftsgerichts; doch kann der Vormundschaftsrichter einstweilen die erforderlichen Anordnungen treffen. Auch das Schweizer Recht kennt den Familienrat, verlangt aber Sicherstellung, §§ 362 f. SchwGB.

Als Gehilfeninstitut für die Obervormundschaft ist der Gemeindewaisenrat gedacht, welcher die Vormundschaft zu überwachen und auch über die Notwendigkeit der Vormundschaft Anzeige zu machen hat, §§ 1849—1851. Hierbei können namentlich auch die Frauen tätig sein.

§ 115. Das ganze hier geschilderte Vormundschaftswesen hat sich nicht bewährt. Ist der Vormund nicht ein naher Verwandter oder Beteiligter, so ist die ganze Vormundschaftsführung der dilettantische Versuch der Ausfüllung eines Berufs, für welchen der Vormund gar nicht vorgebildet ist, und die gesamte Last liegt dann auf dem Vormundschaftsgericht, welches nicht in der Lage ist, auf alles und jedes aufzumerken. Man gerät hier wieder in das Fahrwasser des Preußischen Landrechts und macht den Amtsrichter zum wahren Vormund und den wirklichen Vormund zum willenlosen Handlanger; die Geschäftslast des Vormundschaftsrichters ist aber zu groß, und er steht den einzelnen zu ferne, als daß er genügend individualisieren und wirklich sachgemäß entscheiden könnte [3].

Das Richtige ist die Aufstellung und Organisation von Berufsvormündern mit Beihilfe freiwilliger Vereine, welche dem beruflichen Wirken zur Seite stehen. Auch der Gemeindewaisenrat hat sich, namentlich in großen Städten, wenig bewährt; das Ganze ist eine dilettantische Halbheit, welche der Abhilfe dringend bedarf.

§ 116. Neben der Vormundschaft des Minderjährigen und der Vormundschaft des Entmündigten kennt das Gesetz noch eine Pflegschaft, welche mehr oder minder der alten cura entspricht. Der Pfleger ist entweder ein Aushilfspfleger bei den unter elterlicher Gewalt oder Vormundschaft stehenden Personen [4] oder er ist ein Pfleger dessen, der infolge von Gebrechlichkeit

[1] Hiergegen ist sofortige Beschwerde zulässig, denn der Berufene hat nicht nur eine Pflicht, sondern auch ein Recht, § 60 Z. 3 GfG. Davon verschieden ist es, wenn der Vormund auf seinen Antrag (in seinem Interesse) aus wichtigen Gründen entlassen wird, § 1889 BGB.

[2] RG. 5. Januar 1912 Entsch. 79 S. 9.

[3] So gibt es in Berlin etwa 50 000 laufende Vormundschaften; Köhne, Erfahrungen eines Vormundschaftsrichters, Voss. Zeitung vom 15. Januar 1903.

[4] Im Verfahren des § 1666 bedarf es keines Pflegers des Kindes, wie es früher das Kammergericht annahm, RG. 9. Febr. 1905 Entsch. 60 S. 134.

einen Pfleger herbeiruft [1]. Besonderes gilt von dem Pfleger als dem Organ einer stillschweigenden juristischen Person, welche kraft Gesetzes hervortritt, wenn schützenswerte Interessen vorliegen und eine Zentralstelle geschaffen werden muß, von der aus diese Interessen geregelt werden; so der sog. Pfleger der Leibesfrucht, der Pfleger des Sammelvermögens (bei Wegfall des sammelnden Komitees), der Pfleger im Interesse des Nacherben [2], §§ 1909 ff., 1912—1914, ebenso der Pfleger im Falle des § 928 BGB. Vgl. oben S. 44.

Die Lage des Pflegers ist ähnlich der des Vormunds, namentlich auch, was die Kontrollmaßregeln betrifft; doch bedarf es eines Gegenpflegers nicht, § 1915.

E. Erbrecht.

1. Grundgedanken.

§ 117. Das Erbrecht des BGB. hat im wesentlichen neue Bildungen geschaffen unter dem Einfluß des germanischen Rechts und hat damit den deutschen Ideen einen mächtigen Sieg errungen. Doch läßt die buraukratische Art der Ausgestaltung viel zu wünschen übrig.

Deutsch ist der grundlegende Satz, daß das Erbrecht ein Vermögenserbrecht, kein Personenerbrecht ist. Nicht die Person des Erblassers geht auf den Erben über mit all ihren Akzidenzien, sondern nur das Vermögen, aber dieses als Gesamtheit. Und so entwickelt sich der Satz vom Vermögen als einer Summe von Aktiven und Passiven, und der Satz, daß diese Vermögenseinheit dem Erben zukommt [3].

Daher besteht ein ganz anderer Ausgangspunkt als nach römischem Rechte. Nach römischem Rechte unbedingte Vollhaftung des Erben, abgesehen von der byzantinischen Schöpfung des Inventarbenefiziums; nach deutschem Recht dagegen Haftung mit dem Vermögen und nur mit dem Vermögen.

Während nun andere Gesetzgebungen mehr oder minder sich dem römischen Rechte angeschlossen, hat das BGB., ähnlich wie das sächsische Gesetzbuch § 2328, und jetzt das Schweizer Gesetzbuch a. 539, das germanische System gewählt und der Erbenhaftung eine reale Grundlage gegeben; ebenso der ungarische Entwurf § 1892 f.

In dieser Beziehung gilt folgendes: auch bei dem Inventarbenefizium war im römischen Recht die Haftung des Erben eine persönliche; er haftete persönlich, wenn auch nur bis zum Betrage der Erbschaft; nach deutschem Rechte aber ist die Haftung eine sachliche: der Erbe haftet nicht bis zur Erbschaft, er haftet mit der Erbschaft. Alles, was die Erbschaft an Schicksalen erleidet, trifft die Gläubigerschaft, nicht ihn; geht die Erbschaft unter, so ist er frei.

Dies mußte aber wiederum zu dem Satze führen, daß die Erbschaft wie ein fremdes Vermögen in der Verwaltung des Erben stehe. Schon frühere Rechte betrachteten daher den Erben als Verwalter des Nachlasses. Das BGB. ging weiter: der Erbe hat, um die reale Haftung zu verwirklichen, die Erbschaft in Nachlaßverwaltung eines öffentlichen Verwalters zu geben oder nötigenfalls den Nachlaßkonkurs zu veranlassen [4]. Nur in einem Falle soll dies nicht nötig sein, wenn nämlich der Gläubiger selber nicht das Nötige zur Feststellung

[1] Bei körperlichen Gebrechen kann eine totale oder partielle Pflegschaft angeordnet werden, bei geistigen nur eine partielle (sonst muß Entmündigung eintreten), § 1910. Ist eine Verständigung mit dem Hilflosen nicht möglich, so kann eine solche Pflegschaft auch ohne seinen Willen bestimmt werden, allein sofern es sich um geistige Störung handelt, nur eine partielle, § 1910.

[2] In dessen Interesse, nicht im Interesse Dritter; Kammergericht 30. Juni 1902 Mugdan V S. 364. Nach Schweizer ZivilGB. a. 371 ist auch dem ein Vormund zu setzen, der eine Freiheitsstrafe von mindestens 1 Jahr zu verbüßen hat.

[3] Dies ist von mir in Einführung (4. Aufl.) S. 106 durchgeführt.

[4] Wie sehr dies dem germanischen Recht entspricht, bezeugt das englische Recht, in welchem die Erbschaft zur Erledigung an einen executor oder administrator kommt, der für die Liquidation und Schuldenzahlung zu sorgen hat — ein Verhältnis dringend notwendig, sobald keine Personen-, nur eine Sachhaftung besteht. Im übrigen hat nur das beneficium inventarii den Deutschen das römische Recht einigermaßen erträglich gemacht. Doch wurde es, so wie es im römischen Recht gebildet war, vielfach abgestoßen, z. B. in Como (1214) a. 189 (Mon. hist. patr. XVI p. 76), Novara (1277) a. 264. Über englisches Recht vgl. unten Heymann S. 340 f.

seines Rechts tut. Hierzu hat man sich einer ebenfalls aus dem deutschen Recht entnommenen Einrichtung bedient, nämlich des Aufgebotsverfahrens (Rechnungsrufs): die Gläubiger werden aufgefordert, sich zu melden; wer sich nicht meldet, hat nichts weiter zu beanspruchen, als was dem Erben von der Erbschaft nach Deckung der anderen Gläubiger übrigbleibt (§§ 1970 f., 1973 f.) [1], vgl. Schweizer Gesetzbuch §§ 582, 590, 593 f.

Um den Erben während des Rechnungsrufes zu sichern und ihm die Möglichkeit zu geben, die Entwicklung des Rechnungsrufes abzuwarten, hat er die vergängliche Einrede der §§ 2014, 2015, die ihn bis zur Erledigung des Aufgebotsverfahrens gegen Vollstreckung schützt [2].

Ein gesetzlicher Zwang, ein Inventar zu errichten, besteht für den Erben nicht [3], aber er darf, wenn er nicht unbeschränkt haften will, das Inventarrecht nicht verlieren: er muß auf Antrag und richterliches Geheiß innerhalb bestimmter Zeit (1—3 Monate) ein Inventar errichten: denn dieses allein gibt eine Grundlage für die Beschränkung der Haftung (§§ 1993 ff.) [4]. Der Verlust des Inventarrechts für den einen Erbteil wirkt auch für einen dem Erben nachträglich anwachsenden Erbteil, sofern bei diesem nicht wegen besonderer Vermächtnisse eine Eigenberechnung eintreten muß [5].

§ 118. Vollkommen germanisch ist auch das Verhältnis einer Mehrheit von Erben. Diese haben nicht etwa Bruchteile an allen einzelnen Erbschaftsstücken, was, wie im römischen Recht, dazu führen müßte, daß die Forderungen von selber unter die Erben geteilt wären (nomina ipso jure divisa sunt), sondern es gilt hier das oben (S. 56) Entwickelte: ihre Beteiligung am Erbe gestaltet sich in der Art, daß einstweilen der Anteil eines jeden an jeder einzelnen Sache ungewiß ist: er schwebt zwischen Null und der ganzen Sache, und erst die Teilung gibt jedem den ihm gebührenden Anteil an allem einzelnen. Daher kommt auch keinem der Miterben einstweilen ein Bruchteil der Erbschaftsforderungen zu: erst die Teilung wird kundgeben, wie sich ihre Anteilnahme an den Erbschaftsforderungen gestaltet. Bei solcher ungewissen Beteiligung an allen einzelnen Sachen ist selbstverständlich eine Verfügung über Erbschaftssachen nur der Erbenschaft, nicht dem einzelnen möglich [6]. Dagegen kann der einzelne über seinen Anteil als Gesamtheitsanteil verfügen, denn es handelt sich hier nicht, wie bei einer Gesellschaft, um ein persönliches Wirken der Miterben, sondern um eine objektive Liquidation, bei welcher die Persönlichkeiten keine Rolle spielen [7]. Die Verfügung hat in notarieller Form zu geschehen, § 2033; sie ist eine Verfügung über die Gesamtheit als Gesamtheit: der Erwerber tritt in dasselbe Beteiligungsverhältnis, in welchem der Miterbe war, wobei besonders auch die Ausgleichungen in Betracht kommen [8]. Ebenso kann eine Pfändung des Erbteils nach

---

[1] Der Erbe hat also die Erschöpfungseinrede, auf Grund deren er über den Wert des Erbüberschusses hinaus die Befriedigung verweigern kann; die Befriedigung bis zu dem Werte des Überschusses kann in gewöhnlicher Weise, also durch Zahlung der betreffenden Summe, geschehen, aber auch durch Zulassung einer Zwangsvollstreckung auf den Überschuß, so daß die Gefahr des Minus den Gläubiger trifft, § 1973 BGB., § 780 f. ZPO. Vgl. auch Schenk, Wirkung des nach Aufgebot der Nachlaßgläubiger ergangenen Ausschlußurteils (1907), S. 58 f. Über Erbschaften der Ehefrauen vgl. § 999 ZPO.

[2] Nicht gegen Prozeßverhandlung und verurteilendes Erkenntnis, nicht gegen Arrest, § 305 und 782 ZPO. Vgl. Engländer, Aufgebot der Nachlaßgläubiger (1906), S. 24 f.

[3] In der Schweiz findet bei der Nachlaßliquidation Inventur und Rechnungsruf von selbst statt, § 595 Schweizer GB.

[4] Fällt die Erbschaft der Ehefrau in das eingebrachte Gut oder in das Gesamtgut, so ist die Inventarauflage nur gültig, wenn sie beiden Gatten gemacht wird, § 2008. Ist der Antrag gegen die Frau gerichtet, der gerichtliche Beschluß aber beiden Ehegatten bekannt gemacht, so muß dies genügen, a. A. Karl Joseph (1911) S. 33 f.

[5] So § 2007 BGB. cf. 2095, 1935. Vgl. auch Paech, Haftung für Nachlaßverbindlichkeiten bei Vereinigung mehrerer Erbteile in einer Hand (1906) S. 42 f., Riese, Arch. f. b. R. XXX S. 197, Langen, Arch. f. b. R. XXXVI S. 29.

[6] So kam man im französischen Recht zum Satz von der rückwirkenden (deklaratorischen) Kraft der Teilung, a. 883 C. civ., der auf Molinaeus zurückführt.

[7] Daher ist auch eine Verpfändung des Erbteils möglich, §§ 1273, 1274, 2033 BGB.; vgl. auch LG. Straßburg 23. Juli 1901 Z. f. Ziv.Proz. XXXI S. 113, ebenso die Bestellung eines Nießbrauches vgl. Nölle, Rechtliche Natur der Erbengemeinschaft (1910) S. 40 f. Übrigens haben die Miterben ein Vorkaufsrecht (innerhalb 2 Monaten), §§ 2034, 2035.

[8] Pringsheim, Rechtsstellung des Erwerbers eines Erbteils (1910), S. 78; OLG. Darmstadt 27. September 1912, Hessische Rechtspr. XIII S. 234.

§ 859 ZPO. geschehen[1]. Eine Zession dessen, was bei der Auseinandersetzung dem Miterben zukommt, ohne Übertragung des Miterbenteils, wäre unwirksam; denn der Auseinandersetzungsanspruch ist vom Miterbenteil nicht zu trennen[2].

Und so ist auch die Schuldenhaftung der Erben eine Gesamthaftung, die nur so lange, als das Teilungsverfahren schwebt, eine gewisse Beschränkung erfährt. Nach der Teilung soll, sofern die Gläubiger ihre Befriedigung nicht gefunden haben, die Haftung wieder eine Gesamthaftung sein. Doch gibt man auch hier dem Erben Erleichterungen[3]; insbesondere hat er nicht nur das Recht des öffentlichen Rechnungsrufes, sondern er kann von sich aus die Gläubiger zur Meldung innerhalb sechs Monaten auffordern, damit ihre Forderungen während des Teilungsverfahrens berücksichtigt werden können: melden sie sich nicht, dann soll zur Strafe solcher Gläubiger die Haftung der Erben eine bloße Teilhaftung sein, denn jeder Erbe kann mit Recht sagen: bei rechtzeitiger Meldung wäre die Forderung während der Teilung erledigt worden (§§ 2058 ff. BGB.); Voraussetzung ist, daß die Forderung den Erben unbekannt war, denn Bekanntschaft mit der Forderung zur Zeit der Teilung steht der Anmeldung gleich. Eine Nachlaßverwaltung darf nur von den Miterben gemeinschaftlich begehrt werden, § 2062; das Nachlaßinventar des einen Miterben aber nützt allen, § 2063.

§ 119. Man muß erwarten, daß, wie ein Miterbteil als Gesamtheit veräußert werden kann, so auch die Alleinerbschaft; dies um so mehr, als ja alle Miterben zusammen ihre Teile veräußern können, und dies ist die gesamte Erbschaft. Allgemein wird aber gelehrt, daß die Alleinerbschaftsveräußerung nur als Singularveräußerung der einzelnen Erbschaftsstücke zulässig sei, wegen §§ 2371 ff. Allein in der Tat ergibt sich dies aus dem BGB. nicht; §§ 2374 f. sind auch berechtigt und verständlich, wenn man eine Gesamtnachfolge annimmt: auch bei der Gesamtnachfolge sind die einzelnen Stücke im Besitze zu übertragen, um die Gesamtfolge zu realisieren; ebenso hat auch bei der Gesamtnachfolge die Ausgleichung des § 2375 ihren guten Sinn, und die §§ 2376, 2377 sind von diesem Standpunkte zwar überflüssig — aber dies ist der geringste Fehler des BGB.

§ 120. Das römische Recht huldigte, abgesehen von dem Fall der Hauserbfolge, dem Satze, daß der Erbe nur mit seinem Willen Erbe werden könne, denn eine unbedingte Aufnahme einer ganzen Persönlichkeit mit all ihren Schulden konnte niemandem zugemutet werden. Dem deutschen Rechte ist dieser Gedanke fremd. Der Erbe überkommt die Erbschaft von selbst: sie ist stets Hauserbschaft und geht mit dem Hause und der Hausbetätigung von selbst auf den Erben über. Doch gestattete man ihm allmählich eine Ablehnung und Ausschlagung, verlangte aber, daß dies in kurzer Frist erfolge, weil es ein Abgehen von der Norm war. In ähnlicher Weise ist die Sache nach BGB. und Schweizer GB. gestaltet: der Erbe wird von selbst Erbe, ohne Antretung; wohl aber haftet seinem Rechte, ganz nach alter Erinnerung, die Möglichkeit der Ausschlagung an, die dann allerdings in unserem Gesetze besonders gestaltet, an Fristen und Formen gebunden ist; und zwar in der Art, daß die Ausschlagung in sechs Wochen von der Kenntnisnahme zu erfolgen hat; nur in zwei Fällen: 1. wenn nämlich der Erbe bei der ersten Kenntnisnahme sich im Auslande aufhält, oder 2. wenn der Erblasser bei seinem Tode den Wohnsitz im Auslande hatte, verlängert sich die Frist auf sechs Monate[4]. Die Ausschlagung

[1] Daher bedarf es hierzu nicht des Grundbucheintrags, auch wenn Grundstücke in der Erbschaft enthalten sind, Kammergericht 14. Dezember 1908 Entsch. freiw. Gerichtsb. X S. 69.

[2] Vgl. RG. 9. Februar 1905 Entsch. 60 S. 126.

[3] Nach Schweizer GB. a. 639 hört die Gesamthaftung der Miterben 5 Jahre nach der Teilung auf (ähnlich wie im Handelsrecht).

[4] Im Schweizer Recht beträgt die Frist 3 Monate, a. 567 Schweizer GB. Eine Ausschlagung vor der Kenntnis wäre gültig, nicht aber eine Ausschlagung vor dem Erbfall; eine Ausnahme gilt vom Nacherben, der, natürlich nicht vor dem Vorerbfall, wohl aber vor dem Nacherbfall ausschlagen kann; er braucht es allerdings nicht: er kann noch innerhalb sechs Wochen nach Kenntnis des Nacherbfalls ausschlagen, § 2142 BGB. Dies ist wichtig wegen § 2306. Vgl. Kammergericht 9. Mai 1902 Mugdan V S. 234 (unrichtig OLG. Naumburg 24. März 1902, ebenda V S. 359), RG. 5. Januar 1905 Entsch. 59 S. 341, 344. Der Ablauf der Ausschlagungsfrist hat die Wirkung der Annahme, ist aber kein Rechtsgeschäft; doch wird er ausnahmsweise bezüglich der Anfechtung wie ein Rechtsgeschäft behandelt, § 1956, RG. 28. April 1904 Entsch. 58 S. 81. Ein Fall der Anfechtung ist gegeben, wenn man die Ausschlagungsfrist hat versäumen lassen, im Glauben, bereits ausgeschlagen zu haben, a. A. OLG. Stuttgart 11. Dezember 1908 Mugdan XVIII S. 311; dies gilt als Irrung: es gleicht einem anerkennenden Tun ohne Anerkennungswillen. — Nach Ungarischem Entw. § 1850 wird die Ausschlagungsfrist vom Nachlaßgericht bestimmt.

muß förmlich geschehen, durch öffentlich beglaubigte Erklärung an das Nachlaßgericht (§§ 1944 f.). Sie soll an das zuständige Nachlaßgericht geschehen, doch ist eine Erklärung an das unzuständige Gericht als gültig aufrechtzuerhalten; vgl. § 7 GfG.[1].

Der Ausschlagung steht die Annahme entgegen. Diese hat die Bedeutung, daß die Ausschlagung nicht mehr möglich ist, auch wenn sonst die Fristen noch schweben (§ 1943)[2].

Von der Ausschlagung zu unterscheiden ist der Erbverzicht, welcher durch Vertrag zwischen dem Erblasser und dem Verzichtenden, also vor dem Erbfall, erfolgt, wodurch ein künftiger gesetzlicher Erbe abgestoßen werden kann, so daß bei Erbfall sein Recht nicht entsteht[3]. Dies kann auch bei einem Testamentserben von Bedeutung sein, wenn etwa der Erblasser geschäftsunfähig geworden ist und sein Testament nicht mehr ändern kann (§ 2347 BGB.); denn der Erbverzicht ist auch gegenüber einem geschäftsunfähigen Erblasser möglich, an dessen Stelle der gesetzliche Vertreter handelt; ebenso kann er bedeutsam sein im Falle eines im Erbvertrag eingesetzten Dritten, wenn beispielsweise der Vertragsgenosse den Erblasser nicht vom Erbvertrag freigeben will (§ 2352 BGB.). Der Erbverzicht spielt namentlich im Ehevertrag eine große Rolle, indem der eine Ehegatte auf den vom andern herrührenden gesetzlichen Erbteil verzichtet; hier ist in favorem matrimonii einige Erleichterung gegeben, § 2347.

Natürlich ist der Erbverzicht kein Erbvertrag, denn er enthält keine erblasserische Verfügung, sondern eine die künftige Erbberufung ablehnende Erklärung, die in der Gestalt eines Vertrages erfolgen muß[4].

§ 121. Das BGB. entspricht auch darin dem Zug des deutschen Rechts, daß es eine Vor- und Nacherbeinsetzung gewährt. Da die Erbberechtigung nur an dem Vermögen, nicht an der Person des Erblassers haftet, so steht nichts im Wege, das Recht am Vermögen zu einem zeitweiligen und auflösend bedingten zu gestalten[5]. Auch ist kein Grund vorhanden, hier die Umwege des römischen Rechts zu wählen, so daß nur der Vorerbe Erbe wäre und der Nacherbe sich in die Rolle eines Universalfideikommissars flüchten müßte. Auch der Aushilfe des römischen Rechts, den Vorerben mit einem Veräußerungsverbot zu belasten, bedürfen wir nicht, denn die relative Unwirksamkeit der Veräußerungen ergibt sich bereits daraus, daß er nur unter einer auflösenden Bedingung berechtigt ist. Vgl. unten S. 181 f.

Auf solche Weise läßt man mehrere Ordnungen hintereinander zu, eine Art von Feudalisierung des Vermögens, verwandt den lehnsrechtlichen Instituten, verwandt den Familienfideikommissen, getragen von dem vielverbreiteten antiindividualistischen Bestreben, eine Form des Vermögensgenusses zu schaffen, welche mehrere Generationen hindurch dauern und von den Wechselfällen der einzelnen Familienglieder unabhängig sein soll. Dies sind Bestrebungen, die heutzutage nur teilweise ihre Berechtigung haben[6]; jedenfalls darf die Gebundenheit des Vermögens nicht ins Unendliche gehen; darum ist bestimmt, daß regelmäßig in dreißig Jahren die Erbschaft frei sein solle, welche Frist allerdings unter Umständen etwas verlängert sein kann; aber doch nur so, daß auch hierdurch nicht gerade eine unverhältnismäßige Verklammerung herbeigeführt wird. Die dreißigjährige Frist kann nämlich dann überschritten werden, wenn die Nacherbfolge auf Ereignisse des Vor- oder Nacherben gebaut ist und diese Personen zur Zeit des Todes des Erblassers schon lebten; so insbesondere, wenn eine Nacherbeinsetzung für die Zeit des Todes

[1] So auch RG. 15. Juni 1909 Juristenzeitung XIV S. 1210, Entsch. 71 S. 380; verfehlt Kammergericht 2. Mai 1910 Entsch. f. Gerichtsb. X S. 243. Warum soll die heilsame Bestimmung des § 7 GfG. nicht dem Publikum zu Hilfe kommen, wo ein Irrtum so leicht möglich ist? Die Gerichte haben ja durch Übersendung an die richtige Behörde alsbald dem Mangel abzuhelfen!

[2] So auch a. 571 Schweizer GB. Stillschweigende Annahme ist im Zweifel nicht zu unterstellen, RG. 6. Juli 1909 JZ. XIV 1329.

[3] So auch a. 495 Schweizer GB.

[4] Vgl. Robert Marx, Wirkungen des Erbverzichts (1908), S. 261. Das Institut ist germanischen Rechts und hängt mit den uralten Ausstattungsverträgen zusammen, durch welche das ausgestattete Kind sich von der „Were" löste, Sachsenspiegel I 13, 2.

[5] Die Ernennung zum Nießbraucher kann als Ernennung zum Vorerben gedacht sein, OLG. Kolmar 3. August 1911 Z. Elf.-Lothr. 36 S. 597.

[6] Der Code Nap. gestattet die Nacherbeinsetzung (substitution fideicommissaire) nur in beschränktem Maße, a. 896, 1048 f. Das Schweizer Gesetz gestattet nur einen Nacherbfall, hat aber über die Zeit, wo er eintreten darf, keine Beschränkung, a. 488, 489. Andere Beschränkungen hat der Ungarische Entw. § 1641, 1643.

des Vorerben erfolgt: dieser kann noch fünfzig oder sechzig Jahre leben, aber doch hat dies seine nahe Grenze; würde man hier die dreißig Jahre festhalten, so könnten Fälle eintreten, wo der Nacherbe gar nicht mehr zur Hebung gelangt, selbst wenn er bereits zu Lebzeiten des Erblassers am Leben gewesen wäre. Ein anderer Fall ist, wenn die Nacherbfolge eine Ausgleichung unter Geschwistern herbeiführen soll, indem ein Geschwister des Vorerben als Nacherbe bestimmt wird (§ 2109 BGB.). Auch hier sind schon durch die Umstände des Lebens der Nacherbfolge naheliegende Grenzen gesteckt.

Der mit der auflösenden Bedingung belastete Vorerbe hat allen Vermögensgenuß, welchen die auflösende Bedingung zuläßt; er steht in dieser Beziehung tatsächlich einem Nießbraucher nahe und ist auch (den Nacherben gegenüber) mit ähnlichen Pflichten der sorgfältigen Verwaltung belastet; doch haftet er mit Rücksicht auf die familiären Beziehungen nur für culpa in concreto, §§ 2116 ff., 2131 BGB. Aber auch ein Verfügungsrecht ist dem Vorerben eingeräumt, denn die Lebensverhältnisse dulden bei so langgestreckten Beziehungen keine vollkommene Gebundenheit. Ausgeschlossen ist eine Verfügung über Grundstücke (weshalb die Nacherbschaft ins Grundbuch einzutragen ist)[1] und durch Schenkungen, § 2113 BGB., § 52 GrundbO. Vgl. auch Schweizer GB. a. 490. Dazu kommt das Ersatzprinzip, wonach, was immer mit Mitteln der Erbschaft erworben wird, Erbschaft wird.

Übrigens kann das Verfügungsrecht des Vorerben vom Erblasser erweitert, insbesondere kann bestimmt werden, daß der Nacherbe nur das erhalten soll, was übrig ist[2]; in diesem Falle hat der Vorerbe ziemlich freie Verfügung; unentgeltliche Zuwendungen sind allerdings auch hier ausgenommen[3], §§ 2136 f.

§ 122. Zur Legitimation des vermutlichen Erben gegenüber Dritten schuf das römische Recht die bonorum possessio sine re[4].

Der Prätor gab dem bonorum possessor prätorisches Eigentum an den körperlichen Sachen; er gab ihm die actiones des Erben utiliter, d. h. mit einiger Formeländerung; aber auch umgekehrt haftete der bonorum possessor utiliter für die Erbschaftsschulden und konnte daher mit einer utilis actio in Anspruch genommen werden.

Damit begegneten sich im Mittelalter germanische Sicherungsbestrebungen, und ein Niederschlag derselben ist der preußische Erbschein (nach Gesetz vom 12. März 1869) und der Erbschein des BGB., der auf Grund einer Prüfung des Sachverhalts, insbesondere auch auf Grund einer eidesstattlichen Versicherung des Antragstellers, vom Nachlaßgericht im Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach vorheriger Prüfung erteilt wird[5] und zur Folge hat, daß nicht nur

1. der im Erbschein Bezeichnete als Erbe vermutet wird[6], sondern auch

2. daß, wenn jemand in gutem Glauben mit dem Erbscheinsträger als Erben in Rechts- oder Prozeßverkehr getreten ist, die Rechtswirkungen eintreten, wie wenn er mit dem wahren Erben einen solchen Verkehr eingegangen hätte (§§ 2365 ff. BGB.)[7]. Eine Nacherbschaft ist als beschränkendes Element in den Erbschein aufzunehmen, aber auch die Bestimmung, kraft welcher der Vorerbe von der Beschränkung der Nacherbschaft ganz oder teilweise befreit ist,

[1] Zugunsten der künftigen (wenn auch noch ungebornen) Nacherben, RG. 14. Okt. 1905, 9. März 1907 Entsch. 61 S. 355 und 65 S. 277.

[2] Vgl. Kretzschmar, Sächs. Arch. VI S. 337.

[3] Daher kann eine Grundbuchüberschreibung auf bloßen Antrag des Vorerben nur dann geschehen, wenn es sicher ist, daß es sich nicht um eine unentgeltliche Verfügung handelt, §§ 2113, 2136, RG. 23. Februar 1907 Entsch. 65 S. 214; vgl. auch RG. 12. Juli 1905 Entsch. 61 S. 228, RG. 3. Okt. 1908 Entsch. 61 S. 258, Kammergericht 10. Januar 1910 JZ. XV S. 540.

[4] Die ehemalige Pandektenweisheit war unfähig gewesen, die praktische Bedeutung der bonorum possessio sine re zu erkennen. Vgl. darüber Lehrbuch I S. 34.

[5] Liegt ein rechtskräftiges Urteil über das Erbrecht vor, so ist es für den Nachlaßrichter natürlich insofern maßgebend, als es zwischen den Parteien wirkt (vgl. meine Abhandlung in der Festschrift für Klein, S. 1 f.) — insofern, aber nicht weiter. Vgl. Kuttner, Jahrb. f. Dogm. 59 S. 393 f. Im übrigen hat das Nachlaßgericht die Erbfrage selbständig zu prüfen, Kam.G. 16. Juni 1902 Freiw.G. III S. 117 und § 2360 BGB.

[6] Daher ist bonorum possessor stets nur der Erbe, nicht etwa der Käufer der Erbschaft oder eines Erbteils (nach § 2033), RG. 11. Oktober 1906 Entsch. 64 S. 178.

[7] Das gleiche gilt nicht für den Unrechtsverkehr; wird jemand von dem Erbschaftshunde gebissen, so kann er nicht den Erbscheinträger auf Grund des Erbscheines in Anspruch nehmen.

§ 2363 [1]. Auch bei einer ausländischen Erbschaft kann insofern ein Erbschein erlangt werden, als zu ihr inländische Gegenstände gehören, § 2369 [2].

Ein unrichtiger Erbschein ist vom Nachlaßgericht einzuziehen oder für kraftlos zu erklären, § 2361 BGB., § 84 GfG. [3]; auch kann der wahre Berechtigte darauf klagen, daß der Erbschein dem Nachlaßgericht überantwortet wird, § 2362 BGB.

Wer Zahlungen von einiger Erheblichkeit an den Nachlaß zu machen hat, kann einen Erbschein verlangen, insbesondere die Bank, welche ein Bankdepot herausgeben soll. Die Vorlegung eines formgültigen Testaments genügt nicht, — dieses kann ja (durch eigenhändiges Testament) jeden Augenblick widerrufen werden [4].

§ 123. Der Erbe hat gegen jeden, welcher die Erbschaft oder etwas aus der Erbschaft pro herede besitzt, die hereditatis petitio (Erbschaftsanspruch) auf Herausgabe; hierbei gilt die Erbschaft insofern als Vermögensgesamtheit, als alles mit Erbschaftssachen weiter Erworbene Ersatzerwerb ist und als solcher der Erbschaft zukommt, anderseits aber auch die Erbschaftsverwendungen abgehen, §§ 2018, 2019, 2022 BGB. [5].

2. Gesetzliche Erbfolge.

§ 124. Die gesetzliche Erbfolge beruht auf dem indogermanischen, ja universalrechtlichen Gedanken der Parentelerbfolge. Entscheiden soll die Gliederung der Familie, wie sie sich in aufeinanderfolgenden Zeugungen und Geburten darstellt. Die erste Parentel ist die des Erblassers mit seinen Abkömmlingen, die zweite die der Eltern mit ihren Abkömmlingen, die dritte die der Großeltern mit Abkömmlingen usw. So wird die Gliederung der Familie weitergeführt; dabei waltet 1. der Gedanke, daß jeweils die Abkömmlinge eines Stammes eine Einheit bilden, als Einheit gezählt und als Einheit behandelt werden; wenn einer wegfällt, so treten seine Abkömmlinge ein: die Enkel des verstorbenen Sohnes erben neben dem überlebenden Sohne, und die Enkel mehrerer verstorbener Söhne erben nach Stämmen, wie die Söhne nach Stämmen geerbt hätten. Aber nicht nur der Mensch mit seinen Abkömmlingen, sondern auch 2. der Mensch mit seinen Vorfahren macht eine Einheit aus: der Vater mit seinen Vorfahren bildet die eine, die Mutter mit ihren Vorfahren bildet die andere Linie: die väterlichen und die mütterlichen Großeltern stellen je eine erbrechtliche Einheit dar; weshalb, wenn väterliche und mütterliche Großeltern zusammentreffen, die eine Hälfte des Erbes an die väterlichen, die andere an die mütterlichen Großeltern fällt; wenn daher nur der väterliche Großvater, aber beide mütterliche Großeltern vorhanden sind, so bekommt der erstere die eine Hälfte, die anderen die andere Hälfte; jedoch mit Berücksichtigung dessen, daß, wenn vom verstorbenen Großelternteil Abkömmlinge vorhanden sind, diese an Stelle der Verstorbenen treten, nach dem System zu 1.

Diese tiefgreifende, der Gliederung der Familie entsprechende Behandlung wird allerdings von der vierten Parentel ab verlassen: denn nunmehr gilt innerhalb der Parentel lediglich Gradesnähe und Kopfteilung, weil eine weitere Durchführung der obigen Ideen zur Vermögenszersplitterung führt und, wie die Erfahrungen des österreichischen Rechts reichlich gelehrt haben, wirtschaftlich verwerfliche Ergebnisse zeitigt, denn Vermögenssplitter sind unproduktiv (§§ 1924 f., 1928 f. BGB.) [6].

Noch richtiger wäre es, mit der 2. Parentel an überhaupt die Verwandtenerbfolge zu schließen, denn weiter pflegt ein intimes Verwandtschaftsgefühl nicht mehr zu reichen [7]. Das Schweizer GB. a. 459, 460 schließt die erbberufene Verwandtschaft mit der 3. Parentel und gibt

[1] Kammergericht 7. Oktober 1912 Entsch. f. Gerichtsb. XII S. 204.

[2] OLG. Kolmar 30. Dezember 1912 Entsch. f. Gerichtsb. XII S. 210.

[3] Jena 27. Febr. 1901 FreiwG. II S. 63. Eine Unrichtigkeit liegt insbesondere vor, wenn eine Nacherbschaft im Erbschein nicht erwähnt ist, Oberstes LG. München 22. November 1901 Mugdan IV S. 132. Die Einziehung geschieht durch die gewöhnlichen Zwangsmittel der freiwilligen Gerichtsbarkeit (z. B. Preuß. AusfG. zu GfG. Art. 17).

[4] Unrichtig RG. 1. Mai 1903 Entsch. 54 S. 343.

[5] Hierbei gelten Hilfsansprüche auf Aufklärung und Auskunft, §§ 2027, 2028 BGB.

[6] Vgl. hierüber auch Rudolf Leonhard in Grünhut XXIX S. 248 f.

[7] Heutzutage drängt man aus Finanzgründen dahin, den Fehler wieder gut zu machen und die gesetzliche Erbschaft der Verwandten auf die nächsten Parenteln zu beschränken; vgl. auch Loh, Zur Reform des Reichserbrechts (1913).

den Urgroßeltern höchstens Nutznießungsrecht. Richtiger wäre es auch, die Parentelhäupter hinter ihren Nachkommen zurücktreten zu lassen (z. B. die Eltern hinter die Geschwister), denn das Vermögen soll am meisten den tatkräftigen Mitgliedern der Familie überlassen werden.

Die Behandlung des Ehegatten neben den Verwandten ist für die Erbfolge und die Familienverhältnisse charakteristisch. Vom römischen Recht wurden die Ehegatten äußerst vernachlässigt; die deutschen Rechte geben dem Mann ein Mobiliarerbrecht, der Frau einen lebenslänglichen Vermögensgenuß am Ganzen oder Teil. Im französischen Recht gewährte erst ein Gesetz vom 9. März 1891 dem Ehegatten ein Nutznießungsrecht. Das BGB. gibt dem überlebenden Ehegatten einen Vermögensteil zu Eigentum, je nach Umständen ein Viertel oder ein Halb oder auch das Ganze: der ersten Parentel gegenüber ein Viertel, der zweiten ein Halb, den Großeltern gegenüber ein Halb, den weiteren Verwandten, namentlich auch den Seitenverwandten der dritten Parentel, gegenüber das Ganze. Dazu kommt, wenn er nicht das Ganze erhält, noch der sog. Voraus: der Ehegatte soll sich nicht von Dingen trennen, die ihm durch das vielleicht langjährige Zusammenleben teuer und heilig sind, dem Hausrat und den Hochzeitsgeschenken; an ihnen erlangt er sozusagen ein gesetzliches Vermächtnis, doch nur, wenn er nicht mit Abkömmlingen zusammen erbt: denn im letzteren Falle gelten dieselben Gefühlsrücksichten auch für die Abkömmlinge (§§ 1931, 1932 BGB.). Die deutschen Ideen von Gerade und Heergeräte finden hier ihr Widerspiel[1].

§ 125. Vollkommen germanisch ist auch der Ausgleichungsgedanke gegenüber der elterlichen Ausstattung: die Ausstattung wurde ehemals dem Kinde gegeben, das sich von der elterlichen „were", vom väterlichen Hausstande trennte. Wer auf solche Weise ausgeschieden war, hatte ursprünglich kein Recht mehr auf den väterlichen Haushalt: getrennt suchte er sein Glück auf, getrennt erwarb er sich sein Vermögen[2], getrennt folgte er seinem Schicksal[3]. Erst in der späteren Zeit trat der Gedanke auf, daß auch ein solches Kind wieder in das väterliche Heim zurückkehren dürfe; dann müsse es sich aber die aus dem väterlichen Hause stammende Ausstattung als Ausgleichung anrechnen lassen: es wurde so angesehen, als ob es bereits im voraus vom väterlichen Haus etwas erlangt hätte, was ihm sonst erst später als Teil des Nachlasses zugefallen wäre (oben S. 152, 153).

Im übrigen hat sich dieses Ausgleichungsrecht verschieden gestaltet. Manche Rechte gingen so weit, daß man den Ausgestatteten zwang, nachträglich in die Erbschaft einzutreten und die Ausstattung zurückzubringen: man wollte damit der Möglichkeit vorbeugen, daß der Hausvater das Ausstattungsrecht zur Bevorzugung des einen Kindes benutzte. Andere gestatteten dem Kinde, auch nach dem Tode des Erblassers außerhalb der were zu bleiben, also den Nachlaß auszuschlagen und die Ausstattung zu behalten, selbst dann, wenn sie den Erbteil überstieg. Manche Rechte allerdings blieben bei dem alten Gedanken stehen, daß der Ausgestattete mit der Ausstattung zufrieden sein müsse und überhaupt nicht zum Nachlasse und damit zum Hausvermögen zurückkehren dürfe. Eine vierte Klasse von Rechten erlaubte, daß die Ausstattung als Vorausempfang (préciput) über den Erbteil hinaus zugewendet wurde[4].

[1] Vgl. auch Klatt, Das Heergeräte (1908) S. 248 f.

[2] Vgl. Ragusa 1272 IV 46: frater, qui suum recepit, aliis fratribus reffundere vel restaurare aliquid nullomodo teneatur.

[3] So Statuten Anghiari 13. Jahrhundert: si quis pater emancipaverit filium et dederit ei partem, quod sibi continget . . . . si ceciderit in bannum, pater non teneatur respondere pro filio . . .

[4] Dies zeigt sich sehr deutlich in den französischen coutumes: es gab coutumes d'égalité parfaite, d'égalité imparfaite, coutumes de préciput und coutumes de forclosure. Ich habe dies in meiner Schrift über das Kollationsrecht in den französischen Coutumes (in der Festgabe für Gneist) ausgeführt. Ähnlich die italienischen Stadtrechte und die fueros. In Civitavecchia 1451 I 23 heißt es: li patri . . . haventi li figlioli d'uno medesimo matrimonio nati . . . non possano dare de di loro beni più ad uno che all' altro . . ., im Fuero von Daroca von 1142 (Hellferich, Geschichte des Westgotenrechts, S. 471): nullus possit relinquere uni filio magis quam aliis, sed post mortem parentum coaequentur et dividant, im Fuero von Cuenca (Ed. Allen): tradant ad particionem, quantum de substantia sui patris pre aliis habuerant. In Chianciano (1287) ist die ausgestattete Tochter gegenüber anderen Kindern von der Erbschaft ausgeschlossen; ebenso in Turin (1360) (Mon. hist. patr. I p. 665), in Rom (1363) I 95, 98 und in Parma (1493) Ed. 1590 p. 84 mindestens die auswärts verheiratete

Von diesen verschiedenen Entwicklungsformen hat sich diejenige am widerstandsfähigsten erwiesen, welche dem Kinde die Wahl läßt, ob es bei der Ausstattung verbleiben oder unter Einwurf und Ausgleichung nach dem Tode in das Hausvermögen eintreten wolle. Das ist im großen und ganzen die Auffassung der neuzeitlichen Gesetzbücher geworden. Wenn auf solche Weise ein Kind mehr bekommt als das andere, so ist dies ein Umstand, welcher uns nicht mehr so beängstigt wie frühere Tage; denn in früheren Zeiten, als das Vermögen meist Erbvermögen war, betrachtete man es als ein schreiendes Unrecht, wenn dieses angestammte Vermögen anders als nach dem gesetzlichen Erbgange an die Kinder fiel; während wir heutzutage, wo meist neben dem Erbgut eine reichliche Errungenschaft vorliegt, eine abweichende individuelle Bestimmung des Erblassers nicht mehr als Unrecht empfinden. Daher gestattet man auch die Bevorzugung des ausgestatteten Kindes durch Befreiung von der Ausgleichung, allerdings unter Berücksichtigung des Pflichtteils.

In Rom entsprach unserer Erbausgleichung einigermaßen das Institut der Kollation. Diese hat aber erst in der späten Kaiserzeit einen dem modernen Rechte verwandten Charakter angenommen. Ursprünglich ging sie nicht davon aus, daß ein Kind etwas aus dem Hausvermögen erworbenes als antizipierten Nachlaß einwerfen müsse, sondern sie beruhte auf der unterschiedlichen Behandlung des Hauskindes, dessen Erwerb ins Hausvermögen fiel, und des Emancipatus, der seinen Erwerb für sich behielt. Als nun der Prätor den Emancipatus im Erbrecht dem Hauskinde gleichstellte, so bestimmte er, daß der Emanzipierte all sein Hab und Gut einwerfen müsse, denn er müsse sich so behandeln lassen, als wenn er bisher Hauskind gewesen wäre; er habe also sein ganzes Vermögen beizubringen, gleichgültig, ob er etwas vom Hausvater bekommen hatte oder nicht. Dies war die collatio bonorum des Emanzipierten. Von ähnlichen Grundsätzen war auch die Kollation der Mitgift der Tochter getragen; auch die Mitgift war einzuwerfen ohne Rücksicht darauf, von wem sie stammte. Erst später, als das Hauskind eigenes Vermögen erwarb, und als das Mitgiftrecht und das Recht der Eheschenkung eine so überaus große Rolle spielten, kam man dazu, die Kollation auch von dem Standpunkte aus zu betrachten, daß das aus dem Hausvermögen Stammende wieder an das Haus zurückkehren müsse. Damit näherte sich die Behandlung der des germanischen Rechtes; aber erst in den Zeiten des Byzantinismus, erst unter Kaiser Leo. Immerhin aber boten die römischen Bestimmungen so viele Anhaltspunkte, daß sich das deutsche Institut unter dem Schutze römischer Rechtssätze bilden und im Leben festsetzen konnte. Die historische Schule hat dies allerdings nicht verstanden; sie erkannte nicht, daß es sich um ein deutschrechtliches Institut handelte, und daß die römische Form nur eine Form war.

Nur die Ausstattung ist zur Ausgleichung zu bringen (§ 2050 BGB.), also nicht jede Schenkung; denn nur solches Vermögen soll zum Erbe zurückkehren, welches als verfrühte Erbfolge angesehen werden kann; nicht jede Gabe aber hat die Bestimmung, eine Erbfolge zu vertreten, wohl aber eine Ausstattung, die darum auch nicht als Schenkung gelten kann (oben S. 152). Ausstattung ist dasjenige, was bei der Verheiratung oder bei der Erlangung einer selbständigen Lebensstellung gegeben wird, oder was, nachdem eine selbständige Lebensstellung errungen ist, weiter zugewendet wird, um die Lebensstellung und die mit ihr verbundene Hauswirtschaft zu begründen, zu heben oder zu erhalten (§ 1624 BGB.). Denn die Kinder sollen, wenn sie sich selbständig machen möchten, nicht warten bis zum Tode der Eltern; sie sollen schon bei Lebzeiten des Hausvaters ihre Lebensstellung erwerben können, und dazu gehört, daß ihnen aus dem Hausvermögen zum voraus etwas zugeschossen wird (elterliche Beihilfe und „Zuschub"). So in der „alten" Welt. In Amerika geschieht dies viel weniger; man läßt die junge Generation sich selbst ihren Weg suchen, — ein die Arbeitskraft mächtig anregendes System, aber allerdings einseitig anregend, nach der Richtung des Vermögenserwerbes hin.

Sonstige Schenkungen vertreten nur dann die Erbfolge, wenn ausdrücklich bestimmt wird, daß sie zur Ausgleichung zu bringen seien: denn durch solche Bestimmung bekundet die Schenkung einen der Ausstattung ähnlichen Charakter (§ 2050 BGB.).

Aufwendungen für die Erlangung eines Berufes sind keine Ausstattungen: es ist die natürliche Pflicht des Hausvaters, den Kindern eine Erziehung zu geben, welche ihnen ermöglicht,

Tochter. In Venedig dagegen kann nach dem Statut von Enrico Dandolo c. 50 (Besta, statuti civili di Venezia p. 148) die ausgestattete Tochter zur Erbschaft gelangen, aber racionabuntur repromisse illarum in ratione portionis quam pecierint de paternis bonis.

nach Kräften zu schaffen und zu wirken. Wenn ihnen diese Erziehung zur Begründung eines Hausstandes mithilft, so ist dies nur mittelbar der Fall: sie hilft ihnen mit nicht wegen ihres Vermögenscharakters, sondern darum, weil die Erziehung dazu beiträgt, die Persönlichkeit zu einer Lebensstellung zu befähigen. Eine Ausgleichung der Erziehungskosten ist daher die größte Unbilligkeit. Das BGB. verordnet sie allerdings nur dann, wenn die Aufwendungen über die Vermögensverhältnisse des Erblassers hinausgehen (§ 2050). Doch auch dies ist nicht gerechtfertigt; daß das eine Kind mehr Erziehungskosten verursacht als das andere, steht auf gleicher Stufe, wie wenn ein Kind infolge von Krankheit und Schwächlichkeit größeren Bedarf hat: eine Ausgleichung in dieser Beziehung ist eine Nachgiebigkeit gegenüber dem in den germanischen Familien häufig verbreiteten Kleingeiste, der nicht begreift, daß das, was zur geistigen Hebung des einen Kindes aufgewendet wird, ein Zoll ist, den die Familie zu tragen hat [1]. Anders verhält es sich mit Luxusdingen, die nicht zu geistiger Bildung, sondern nur zur Parade dienen: dies sind keine Erziehungskosten.

Die Ausgleichung geschieht nicht etwa, wie im römischen Rechte, durch eigentliche Einwerfung, sondern durch A n r e c h n u n g. Das, was der Ausgestattete besitzt, besitzt er als Vorauserbschaft; er besitzt es nach dem Werte, den die Sachen zur Zeit der Zuwendung gehabt haben; denn in diesem Augenblicke ist ihm das Vorauserbe zugekommen [2]; da er mithin so viel bereits an Erbgut bekommen hat, so muß er entsprechend im Nachlasse zurückstehen. Die Rechnung wird daher so gemacht, daß man das Zugewendete fiktiv dem Nachlaß zuzählt, hiernach die Erbteile bestimmt und sodann das Zugewendete dem Ausgestatteten auf seinen Erbteil setzt.

Hierbei kann der Fall eintreten, daß das Kind mehr empfangen hat, als sein Erbteil beträgt; vor allem wenn die Vermögensverhältnisse des Hausvaters zurückgegangen sind und der Nachlaß viel geringer ist, als nach den früheren Verhältnissen anzunehmen war. Dies darf aber nicht dahin führen, daß der Ausgestattete noch etwas herauszuzahlen hat, sondern nur daß er im Erbe völlig zurückstehen muß: das ausgestattete Kind hätte ja auch die Erbschaft ausschlagen können, so daß es von selbst die Ausstattung behielte; das System der unbedingten Gleichheit haben wir ja verworfen (§§ 2055, 2056).

Das Zurückstehen wegen des Vorempfanges tritt nicht erst bei der Teilung hervor: von Anfang an hat der Vorempfänger einen entsprechend geringeren Bruchteil des Nachlasses, und von Anfang an gebührt ihm demgemäß ein entsprechend geringerer Bruchteil der Früchte [3]. Das gleiche muß eintreten, wenn der eine Miterbe dem Erblasser gegenüber Schuldner ist: die Schuld wird eingerechnet und verringert seinen Erbteil; im französischen Recht spricht man darum auch von einem r a p p o r t d e s d e t t e s [4].

3. Gewillkürte Erbfolge.

§ 126. Dem römischen Recht entspricht der Grundgedanke, daß man nicht nur kraft Gesetzes, sondern auch kraft Verfügung von Todes wegen beerbt werden kann. Hierzu finden sich bedeutungsvolle deutschrechtliche Anklänge in der Adfatomie und in dem Erbvertrag; doch haben andere deutsche Rechte den Satz ausgesprochen, daß nur Gott einen Erben schaffen könne, nicht der Erblasser, dem also höchstens das Recht zustehe, Vermächtnisse zu begründen. Hier hat das römische Recht stark nachgewirkt, und der Grundgedanke des französischen Gesetzbuchs, wonach die Erbschaft immer nur eine gesetzliche und die Verfügungen immer nur Legate seien, ist in Deutschland meist vermieden worden. Mit Recht; warum soll, wenn es an näheren Ver-

[1] Leider hat auch das Schweizer GB. a. 631 diesen Fehler („als sie das übliche Maß übersteigen"). Besser der Ungarische Entwurf § 1949.

[2] Das Schweizer Recht berechnet die Zuwendung nach dem Wert zur Zeit des Erbganges oder nach dem Erlös im Falle der Veräußerung, a. 630 Schweizer GB. Dies hängt damit zusammen, daß der Miterbe nach Schweizer Recht, anstatt zurückzustehen, auch in natura einwerfen darf, a. 628 Schweizer GB. Wie Deutschland, so der Ungarische Entw. § 1953.

[3] Richtig H e y m a n n , Jahrb. f. Dogm. (1901) 42 S. 472 f.

[4] Vgl. meine Abhandlung in Zeitschr. f. franz. Zivilrecht (1887) XVIII S. 314; Grenoble 14. August 1845 S i r e y 46 II p. 229, OLG. Kolmar 15. Dezember 1884 Z. f. Elf.-Lothr. 1885 S. 104.

wandten fehlt, nicht die Möglichkeit bestehen, durch Willkürverfügung einem Dritten die Rechte eines unmittelbaren Gesamtnachfolgers zu geben?

Der Unterschied zwischen Erbfolge und Vermächtnis ist nach dem BGB. bedeutender als nach römischem Recht. Vor allem ist das Vermächtnis stets nur ein Vermächtnis mit schuldrechtlichem Forderungsgehalt: es gibt kein Vindikationslegat bei welchem der Vermächtnisnehmer unmittelbar das Eigentum erwirbt. Noch weniger gibt es ein Universalfideikommiß, welches den Vermächtnisnehmer sofort oder nach erfolgter Vermächtniserklärung zum Gesamtrechtsnachfolger macht. Diese letztere Gestalt war auch im römischen Rechte eine außerordentliche Anomalie, nur hervorgerufen durch den Mangel der Nacherbeinsetzung. Auch den Begriff der Auflage hat man schärfer umgrenzt: Auflage liegt dann vor, wenn die Verfügung entweder gar keine individualistische Bedeutung hat (Denkmal?), oder wenn zwar eine individualistische Bevorteilung stattfindet, der Bevorteilte aber hierauf keinen Anspruch hat, dieser Anspruch vielmehr anderen Personen zusteht, damit hierdurch der beabsichtigte Zweck erreicht wird (Verfügung für die Armen usw.), §§ 1937, 1939, 1940 BGB. [1].

§ 127. Die Verfügung von Todes wegen soll nach dem BGB. vom Erblasser direkt getroffen werden. Unzulässig ist es, den Inhalt in das Belieben anderer zu stellen. Diese Regel wird aber vielfach durchbrochen, nicht in bezug auf die Erbeinsetzung, wohl aber in bezug auf Vermächtnisse und Auflagen. Bei Vermächtnissen kann einem Dritten ein Wahlrecht unter mehreren benannten Personen gegeben werden, ebenso ein Wahlrecht in bezug auf die Vermächtnisgegenstände. Ja, das Bestimmungsrecht in bezug auf den Gegenstand kann vollkommen in das Ermessen eines Dritten gestellt sein, sobald der Erblasser nur den Zweck gesetzt hat. Bei der Auflage kann sogar die Bezeichnung der Person dem Belieben eines Dritten überlassen werden, sofern der Zweck genügend bekundet ist (§§ 2065, 2151, 2153, 2154, 2156, 2192, 2193 BGB.) [2].

§ 128. Die Form des Testaments [3] ist im BGB., ganz dem Bedürfnisse entsprechend, entweder eine öffentliche oder eine private. Das öffentliche Testament wird errichtet vor Richter oder Notar mit zwei Zeugen; doch kann der Richter statt der zwei Zeugen einen Gerichtsschreiber, der Notar statt der zwei Zeugen einen zweiten Notar zuziehen. Hierbei wird das Testament entweder mündlich oder schriftlich gemacht; mündlich in der Art, daß man dem Notar oder Richter vor Zeugen die letztwilligen Bestimmungen einzeln ausspricht, worüber ein Protokoll aufgenommen wird; oder schriftlich: der Erblasser übergibt ein Schriftstück mit der Erklärung, daß das darin Enthaltene „sein letzter Wille" sein soll, worüber gleichfalls ein Protokoll zu errichten ist. Das Protokoll muß natürlich in der entsprechenden Weise vorgelesen und unterzeichnet werden (§§ 2238 ff. BGB.). Die Form ist streng zu beobachten. Der Inhalt des öffentlichen Testaments gilt als öffentliche Beurkundung, auch soweit er in dem übergebenen verschlossenen Schriftstück steht [4].

Das Testament soll öffentlich aufbewahrt werden; doch ist die öffentliche Aufbewahrung nicht für den Rechtsbestand wesentlich (§ 2246 BGB.).

Anders das Privattestament. Es wird errichtet ohne jeden Zuzug eines Beamten, ohne irgendwelche Dazwischenkunft, einfach dadurch, daß der Erblasser seine letzte Willensbestimmung eigenhändig schreibt, datiert (mit Datum des Ortes und Tages) und unterzeichnet [5].

---

[1] So auch das Schweizer GB. a. 483, 482, 484. Anders Ungarn § 1878 f., 1703 f.

[2] Der § 2065 ist daher viel zu weit gefaßt. Jedenfalls aber ergibt sich daraus, daß Niemand bestimmen kann, daß nach seinem Tode die testamentarischen Bestimmungen durch seinen Ehegatten abgeändert oder durch den Testamentsvollstrecker ergänzt werden können, RG. 4. März 1912 Entsch. 79 S. 37, RG. 29. April 1907 Entsch. 66 S. 103.

[3] Das BGB. spricht von Testament, der Schweizer Entwurf von Wille. In Parantheſe steht zu § 1937 BGB. neben Testament der Ausdruck „letztwillige Verfügung", welcher Ausdruck auch an anderen Stellen des BGB. eine einseitige Testamentserklärung bezeichnet, z. B. in §§ 1369, 1638, 1651, 2044, 2048 BGB. u. a.; womit gesagt ist, daß, wenn im Erbvertrag eine Bestimmung steht, die nur durch letztwillige Verfügung geschehen kann, sie nur einseitigen, widerruflichen Charakter hat (§ 2299 BGB.).

[4] Eine hierin ausgesprochene Anerkennung eines unehelichen Kindes entspricht daher den §§ 1718, 1720, vgl. Oberstes LG. München 26. Juni 1902 Mugdan V S. 339.

[5] Wünschenswert ist es, daß die Unterschrift auch das Datum deckt; doch hat man es als ge-

Das Datum soll richtig sein; Ungenauigkeiten, z. B. wenn ein Testament in Charlottenburg errichtet und von Berlin aus datiert wird, und Abkürzungen sind sehr zu widerraten. Vielfach nimmt man sogar an, daß jede Unrichtigkeit des Datums die Nichtigkeit des Testaments herbeiführt; dies ist aber ebensowenig bei einem Testament anzunehmen wie bei einer anderen Urkunde. Das Datum wird verlangt, weil es in den meisten Fällen richtig sein wird, nicht weil es bei Nichtigkeit richtig sein muß[1].

Das eigenhändige Testament stammt aus dem testamentum parentum inter liberos; es entwickelte sich in Südfrankreich und ist in den Ordonn. 1629 (Art. 126) und 1735 (Art. 19) anerkannt worden und dann auch in den Code civil übergegangen; es findet sich auch in Österreich und hat sich überall bewährt. Auch das Schweizer GB. hat es in § 505 angenommen[2]. Die Befürchtungen, die man daran geknüpft hat, so die Befürchtung, daß bei einer solchen Urkunde kein Rechtshalt gegeben sei und man keine Sicherheit habe, ob ein Entwurf oder ein vollendetes Testament vorliege, so die Befürchtung leichter Fälschung und Unterschiebung, alle diese Befürchtungen haben sich in der Praxis als eitel erwiesen. Die einzige Gefahr ist die, daß der Erblasser falsch datiert und dadurch den Bestimmungen über Testamentsfähigkeit zu entgehen sucht, da insbesondere die Entmündigung den Geschäftsbeschränkten testamentsunfähig macht, und zwar von dem Beginn des Entmündigungsverfahrens (Stellung des Antrags) an (§ 2229 BGB.)[3]: dies wird in solchem Falle der Erblasser durch falsche Datierung des Testaments zu vereiteln suchen. Die nötige richterliche Würdigung der Verhältnisse muß es hier, wie in anderen Fällen, verstehen, durch Trug und Arglist hindurch zur Wahrheit zu gelangen.

Von dem größten Segen ist das eigenhändige Testament dadurch, daß es den letzten Willen mächtig fördert; denn eine große Reihe von Menschen möchte gern letztwillige Verfügungen machen, scheut sich aber vor dem öffentlichen Beamten und vor der Berührung mit öffentlichen Behörden. Sodann ist dieses Testament vor allem eine Sicherung der persönlichen Freiheit: viele halten sich zurück, ein Testament zu machen, weil sie sich vor ihren Verwandten fürchten, und viele, welche ein Testament gemacht haben und es bereuen, haben nicht den Mut, es zu widerrufen, weil, wenn sie die öffentliche Form gebrauchten, dies ruchbar werden könnte und sie der Unbill der Beteiligten verfielen. Hier bietet das private Testament die beste Aushilfe: ein paar Zeilen genügen, um das Gewebe verruchter Nachstellungen und elender Versklavung zu zerreißen. Eine Hingabe in öffentliches Verwahr ist nicht erforderlich, § 2248.

Das eigenhändige Testament darf nicht als ein erblasserischer Entwurf betrachtet werden der erst durch Bestehenlassen bis zum Tode zum Rechtsgeschäft erwächst: es ist ein Rechtsgeschäft, obgleich sein Widerruf in das Belieben gesetzt ist; wenn der Testator sofort nach Errichtung des Testaments wahnsinnig wird, so hat und behält das Testament seine Wirkung.

Ein Testament kann man schon mit dem 16. Lebensjahre errichten; doch können Minderjährige, Lesensunkundige, Blinde kein eigenhändiges Testament machen, und ein öffentliches

nügend angenommen, wenn die Unterschrift unter dem Testament stehe und dann das Datum beigefügt werde; vgl. Kammergericht 24. Dezember 1900 Mugdan II S. 136.

[1] Bezüglich des öffentlichen Testaments hat man über eine falsche Datierung hinweggesehen, wenn das richtige Datum sich aus dem Protokoll ermitteln läßt, RG. 12. Dezember 1912 Entsch. 81 S. 96. Die Rechtsprechung des RG.s aber, welche, von der französischen Judikatur ausgehend, den Verismus bei der Datierung fordert (RG. 8. Februar 1902 Entsch. 51 S. 166), wird sich auf die Dauer nicht halten lassen, ebensowenig die Pedanterie, welche ein Testament vernichtet, wenn ein Wort, z. B. auf einem Briefbogen der Ort oder die Einleitungsworte des Datums, vorgedruckt ist. Vgl. auch Hölder, Jahrb. f. Dogm. 50 S. 277. Bereits hat das RG. 6. Dezember 1906 Entsch. 64 S. 423 ein Testament aufrechterhalten, in welchem das Datum irrig mit 1804 statt 1904 geschrieben war. Auch hat man mit Recht gesagt, daß die Einfügung eines geringfügigen Zusatzes von fremder Hand das Testament im übrigen dann nicht ungültig macht, wenn anzunehmen ist, daß der Erblasser das übrige auch ohne diesen Zusatz gewollt hat, RG. 5. März 1906 Entsch. 63 S. 23. Das Material der Schrift ist gleichgültig (Schiefertafel, RG. 17. Febr. 1910 JW. XXXIX 291.)

[2] Auch Ungarn Entw. § 1583 mit der treffenden Bestimmung, daß ein irriges Datum ohne Nachteil ist. Das englische Recht kennt nach den Wills Act 1837 I Vict. a. 26 ein privates Testament, das der Erblasser unterzeichnet, und dessen Unterzeichnung er in Gegenwart zweier Zeugen anerkennt, welche dies bestätigen und unterschreiben.

[3] Dies muß übrigens auch von der Entmündigung wegen Geisteskrankheit gelten. Es hätte keinen rechten Sinn, den Geistesschwachen vom Augenblick des Entmündigungsantrags testierunfähig zu machen, den Geisteskranken erst von der Zeit der Entmündigung; § 104 Z. 2 BGB. gäbe hiergegen keine genügende Aushilfe.

nur in der offenen, nicht in der geheimen Form (§§ 2229, 2238, 2247 BGB.); womit natürlich nur eine Form-, nicht eine Fähigkeitsvorschrift (Art. 11 EG.) gegeben ist.

Außerordentliche Testamentsformen sind das testamentum ruri conditum, das testamentum pestis tempore conditum, das Testament zur See (auf deutschen Handelsschiffen), §§ 2249, 2250, 2251, sowie das Soldaten- und das Marinetestament, § 44 Reichs-Mil.-Ges. 2. Mai 1874 und a. 44 EinfG. zum BGB. [1].

Über die Eröffnung des Testaments durch das (Nachlaß)Gericht vgl. §§ 2259—2363, 2273.

§ 129. Eine testamentarische Verfügung zerfällt wegen mangelnder Voraussetzung, wenn ein Ehegatte oder Verlobter bedacht ist und die Ehe oder das Verlöbnis vor dem Tode aufgelöst wurde, § 2077[2]; sie kann wegen Drohung und wegen Irrtums angefochten werden, nicht nur wegen inhaltlicher Irrung [3], sondern auch wegen Motivirrtums; vor allem, wenn der Erblasser angenommen hat, daß ein bestimmter Pflichtteilsberechtigter nicht vorhanden oder weggefallen sei. Die Anfechtung ist aber nicht eine Anfechtung durch den Erblasser, der ja das Testament widerrufen kann, sondern eine Anfechtung durch den Erbinteressenten, welcher durch die letztwillige Verfügung geschmälert wird, und wenn es sich um die Existenz eines Pflichtteilsberechtigten handelt, durch diesen. Die Anfechtung erfolgt innerhalb 1 Jahres seit der Kenntnis nach dem Erbfall; sie erfolgt, wenn es sich um Erbeinsetzung oder um Auflage handelt, durch Erklärung an das Nachlaßgericht, sonst durch Erklärung gegenüber dem durch die Anfechtung Betroffenen, §§ 2078—2082 BGB. Sie bewirkt Nichtigkeit des Testaments, so daß es zu neuer, gesetzlicher Erbfolge kommt; eine Vermutung, daß der Erblasser, wenn er sich nicht geirrt hätte, die eine oder andere Verfügung doch gemacht hätte, würde in das Meer der Ungewißheit führen, und es ist daher unstatthaft, hiernach ein auf Präsumtionen beruhendes Testament konstruieren zu wollen [4].

Ist die testamentarische Bestimmung durch einen Erben oder Vermächtnisnehmer erzwungen, so wird der Erbe oder Bedachte erbunwürdig, und das Testament kann in bezug auf jede ihn betreffende Verfügung angefochten werden; diese Erbunwürdigkeitsanfechtung erfolgt, wenn es sich um einen Erben handelt, durch Klageerhebung, §§ 2339 f. [5].

§ 130. Während das römische Recht auch bei der Erbfolge der freien Macht der Persönlichkeit huldigte, hat das germanische Recht und nun auch das BGB. der persönlichen Freiheit viele Schranken gesetzt und Institute geschaffen, welche die Person in Banden schlagen und zum Sklaven machen. Ein derartiges Institut ist insbesondere der Erbvertrag, eine Einrichtung bedenklichster Art, welche den Erblasser ein- für allemal fesselt, so daß er nun sein ganzes Leben lang wie am Stricke gebunden ist, es müßte ihn denn der Vertragsgegner vom Vertrage befreien [6]. Diese schwere Mißlichkeit, die jemandem das ganze Leben vergällen und den ganzen Erwerbstrieb vergiften kann, hat das BGB. auf sich genommen, eine der beklagenswertesten Einrichtungen (§§ 2274 ff. BGB.)! Alles dies wird auch dadurch nicht unverfänglich, daß der Erbvertrag an besondere formelle Bedingungen und auch an ein bestimmtes Alter geknüpft ist. Was will dies

[1] Über das Seetestament vgl. schon Ordonn. de la marine 1681 III Tit. 11 a. 1, sowie die Urkunde von 1365 bei Pauli, Abh. Lüb. Recht III S. 219, und Perels, Marinerundschau, 1900, S. 1002. Über die Ortstestamente bestehen eine Reihe Ministerialanweisungen.

[2] Auch wenn die Ehe noch nicht gelöst war, aber eine begründete Scheidungsklage erhoben wurde, OLG. Kiel 21. Dezember 1904 Mugdan XI S. 238. Bei Verlobten ist die Lösung des Verlöbnisses maßgebend, nicht der Tod, Kammergericht 8. Febr. 1909 Entsch. f. G. X S. 111.

[3] Eine inhaltliche Irrung liegt z. B. vor, wenn der Erblasser, der voll- und halbbürtige Geschwister hatte, die gesetzlichen Erben einsetzt in der Meinung, daß die halbbürtigen Geschwister ausgeschlossen seien, RG. 11. März 1909 Entsch. 70 S. 391. Im übrigen genügt ein motivierender Irrtum, wenn auch sonstige unterstützende Momente vorhanden waren, RG. 29. Septbr. 1904 Entsch. 59 S. 33.

[4] Vgl. Krug, Das Willensdogma bei einseitigen letztwilligen Verfügungen (1908) S. 68 f.

[5] Anfechtung wegen Zwangs und Anfechtung wegen Erbunwürdigkeit stehen nebeneinander; die erstere ist zulässig, auch wenn der Erblasser dem Unwürdigen verziehen hat und daher die Anfechtung wegen Erbunwürdigkeit ausgeschlossen ist. Vgl. Niemir, Einfluß von Willensmängeln (1902) S. 119. Außergerichtliche Anerkennung der Erbunwürdigkeit ersetzt die Anfechtungsklage nicht, Dresden 18. April 1906 Entsch. f. G. VII S. 185.

[6] Man pflegt gewöhnlich mit dem Erbvertrag den Erbverzicht zu behandeln, dieser ist aber wie bereits aus dem obigen (S. 171) hervorgeht, etwas grundsätzlich anderes.

besagen, wenn man seine Freiheit verkauft! Während das BGB. es nicht zuläßt, das künftige Vermögen zum Gegenstand der Schenkung zu machen, so gestattet es, das künftige Vermögen für einen Dritten durch Erbvertrag festzulegen! Unser Gesetz, aber auch leider das Schweizer Recht, stehen hier weit unter dem Code civil, welcher den Erbvertrag nur in Ausnahmefällen gestattet: beide Gesetzbücher sind hierin unmodern, sie sind die Sklaven der Vergangenheit[1], sie stehen selbst unter dem österreichischen Gesetzbuch, welches Erbverträge über das Vermögen oder einen Vermögensbruchteil nur in Eheverträgen zuläßt, § 602, und dem Ehegatten auch hier $^1/_4$ als Freiverfügungsteil unverbrüchlich vorbehält, § 1253. Wie konnte man hundert Jahre nach dem Code Napoléon noch solche Gesetze machen! Besser Ungarn Entw. § 1761.

Nicht zufrieden damit, hat man den Erbvertrag noch erweitert: er kann Verfügungen zugunsten des Vertragsgenossen, aber auch Verfügungen zugunsten eines Dritten enthalten; die Verfügungen können Erbeinsetzungen, Vermächtnisse, Auflagen sein, sie können beiderseits erfolgen, in welchem Falle Korrespektivität eintritt (§ 2298). Sind allerdings die Verfügungen zugunsten eines Dritten, so können die Vertragsgenossen den Erbvertrag durch Gegenerbvertrag aufheben; sie können es auch, sofern es sich um Vermächtnisse oder Auflagen handelt, durch ein von dem Erblasser errichtetes, vom Vertragsgegner konsentiertes Testament, §§ 2290, 2291. Die Zustimmung des Bedachten zur Aufhebung ist nicht erforderlich; es müßte denn der Erblasser auch einen Erbvertrag mit ihm abgeschlossen haben: ein bloßes Hinzutreten, eine Akzeptation des Dritten ist bedeutungslos[2].

Im übrigen gilt folgendes. Der Erbvertrag kann wie eine testamentarische Verfügung wegen mangelnder Voraussetzung unwirksam sein, § 2279[3]; er kann wegen Irrtums angefochten werden. Irrtum bei Vertragsschluß ist es auch, wenn der Erblasser später Abkömmlinge bekommt, an die er zur Zeit des Erbvertrages nicht denken konnte; darum kann er späterhin innerhalb eines Jahres den Erbvertrag anfechten, vorausgesetzt daß einer dieser Abkömmlinge zur Zeit der Anfechtung noch lebt; die Anfechtung geschieht durch Erklärung an den Vertragsgenossen und, ist dieser gestorben, durch Erklärung an das Nachlaßgericht (§§ 2281—2283, 2079 BGB.). Also mit einem Kinde kann sich der Gebundene frei machen[4]!

Übrigens können auch (widerrufliche) letztwillige Verfügungen in den Erbvertrag aufgenommen werden, z. B. Bezeichnung eines Vormundes, Befreiung eines Vormundes, Ernennung eines Beistandes, eines Testamentsvollstreckers, Bestimmung, daß das einer Ehefrau zugewandte Gut Vorbehaltsgut sein soll, §§ 1369, 1777, 1856, 2197, 1687, 2278; dies sind letztwillige „Geleitverfügungen" (§ 2299 BGB.).

§ 131. Nicht so weit wie der Erbvertrag geht das gemeinschaftliche Testament. Auch dieses widerstrebte dem römischen Rechte und widerstrebt unserer modernen Freiheitsauffassung. Der Code Napoléon verbietet es, a. 968, schon die französische Ordonn von 1735 a. 77 erklärte es für nul et de nul effet. Wir kennen es allerdings nur unter Ehegatten, gewöhnlich in der Art, daß beide Ehegatten einander für den Fall des Überlebens zum Erben einsetzen und sodann einen Erben aufstellen für den Überlebenden. Das letztere hat man ehedem in Preußen so aufgefaßt, daß der Überlebende Vorerbe und der eingesetzte Erbe Nacherbe sein soll; dies soll nicht mehr die Regel sein, sondern der Überlebende soll schlechtweg Erbe des Verstorbenen und

---

[1] Allerdings hat der Erbvertrag eine germanische Erinnerung für sich. Jahrhundertelang schleppte sich sogar die Meinung fort, daß, wenn der Erblasser im Testament seinen letzten Willen als unabänderlich erklärte, ihn dies binde und an der Änderung des Testaments hindere; vgl. meine Abhandlung Arch. f. bürgerl. Recht XXI S. 245 f.; in den italienischen Statuten mußte ausdrücklich gesagt werden, daß eine solche Klausel unwirksam sei; so Friaul V 35: si in ipso testamento .... apposuerit ... aliqua verba derogatoria ... vel fecerit aliud testamentum seu codicillos qui transiverint ad formam alicujus contractus, talis testator possit libere suo arbitrio ac voluntate facere aliud testamentum .... Neuerdings behandelt man ein gemeinschaftliches Testament mit dem Geding, daß kein Teil es einseitig ändern könne, als Erbvertrag; so RG. 14. Dezember 1911 Z. f. Rechtspfl. in Bayern VIII S. 133!! Vgl. auch RG. 26. Januar 1911 Recht XV 1157.

[2] Anders die Rechte älterer Denkungsweise, wie preuß. LR. I 12 § 646; vgl. auch die Wolfenbütteler Entscheidungen von 1849, 1850 Seuffert Arch. XI S. 133; hierüber auch Schiffner im Jahrb. f. Dogm. 40 S. 104.

[3] Vgl. dazu Kammergericht Berlin 8. Februar 1909 Entsch. freiw. Gerichtsb. X S. 111.

[4] Anders das Schweizer GB. § 516, welches hier nur eine Pflichtteilsklage gibt.

der Dritte schlechtweg Erbe des Überlebenden sein; und zwar nicht nur in bezug auf das Vermögen, welches dieser vom Ehegatten erlangt hat, sondern in bezug auf sein ganzes Vermögen, § 2269 [1]. Hierbei treten aber zwei wichtige Schranken ein:

1. Die Korrespektivitätsschranke; stürzt das Testament des einen, so auch das des anderen, § 2270, und dies führt zu einer besonderen Form des Widerrufs: der Widerruf kann nicht in gewöhnlicher Weise durch einseitiges Testament erfolgen, sondern er muß dem anderen Ehegatten gegenüber in öffentlicher Beurkundung ausgesprochen werden, damit dieser weiß, woran er ist, und nunmehr auch anderweit verfügen kann (§§ 2271, 2296 BGB.) [2]. Schon dies ist eine außerordentliche Belästigung; der eheliche Terrorismus treibt hier seine volle Blüte.

2. Eine zweite wichtige Folge ist: der überlebende Ehegatte, welcher das ihm Hinterlassene angenommen hat [3], ist gebunden, wie wenn er seinerzeit mit dem Ehegatten einen Erbvertrag abgeschlossen hätte [4]. Nur ausnahmsweise, wenn der Bedachte sich einer schweren Unbill (oder Unsittlichkeit) schuldig macht, kann er von seiner testamentarischen Bestimmung zurücktreten (§§ 2271, 2294 BGB.). Außerdem kann er anfechten, sobald er in einer neuen Ehe Kinder bekommt, ganz nach den oben für den Erbvertrag gegebenen Grundsätzen [5] durch Erklärung an das Nachlaßgericht (§§ 2281—2283, 2079 BGB.). Die Anfechtung bewirkt natürlich damit auch die Wirkungslosigkeit des Testaments des verstorbenen Ehegatten, da beide Testamente miteinander stehen und fallen (§ 2270 BGB.) [6]!! Nur unmoderne Gesetzgeber können solche vertrackte Bestimmungen machen.

§ 132. Das Vermächtniswesen hatte im römischen Recht eine lange Entwicklung, die nur teilweise bei uns zu verspüren ist. Insbesondere kannte es den Unterschied zwischen dinglichen und bloß schuldrechtlichen Vermächtnissen, einen Unterschied, der das ganze Vermächtnisrecht durchzieht und im corpus iuris in unzähligen Entscheidungen zutage tritt. Dieser ganze Zwiespalt des Vermächtnisrechtes ist bei uns gehoben; es gibt keine dinglichen, sondern nur noch schuldrechtliche Vermächtnisse (§ 2174 BGB.), und diese Besonderheit ist wohl begründet in dem ganzen Charakter unseres Erbrechts und namentlich in den Haftungsverhältnissen des Erben. Nimmt man mit dem deutschen Rechte an, daß nur der Nachlaß den Gläubigern haftet, dann muß der Nachlaß vor allem für die Gläubiger vorbehalten werden, und es geht nicht an, daß Vermächtnisse ihnen einen Teil der Aktiven wegnehmen. Darum kennt das BGB. nur schuldrechtliche Vermächtnisse, bei welchen der Vermächtnisnehmer einen Forderungsanspruch gegen den Erben erwirbt, und zwar in der Art, daß er hinter die Gläubiger des Erblassers zurücktritt: namentlich im Konkurs des Nachlasses kann der Vermächtnisnehmer erst dann etwas beanspruchen, wenn nicht nur die eigentlichen Gläubiger, sondern auch die Träger von Schenkungsversprechungen unter Lebenden befriedigt sind (§ 226 KonkO., vgl. auch §§ 1973, 1974 BGB.).

Wenn im übrigen das römische Recht Legate und Fideikommisse unterschied, so sind dies historische Formen, deren Unterschied uns längst fremd geworden ist. Eine besondere Bedeutung

[1] Doch kommt die andere Art mit Vor- und Nacherbschaft praktisch ungemein häufig im sog. Berliner Testament vor. Vgl. RG. 7. Febr. 1905 Entsch. 60 S. 115, 5. Dez. 1911 JW. 41 S. 206.

[2] Ist der notarielle Widerruf abgesandt, aber erst nach dem Tode der Widerrufenden in den Besitz des anderen Teils gelangt, so ist er nach § 130 doch wirksam, RG. 9. März 1907 Entsch. 56 S. 270.

[3] Wenn er es ausschlägt, ist er frei. Wie wenn er stirbt und sein Erbe ausschlägt? Soll dann ein von ihm errichtetes Testament in Kraft kommen? Dies ist zu bejahen; im Zweifel ist für die Freiheit zu entscheiden. A. A. ist Kagermann, Bindung der Ehegatten (1913) S. 27. Übrigens kann die Ungewißheit lange dauern, da bei Vermächtnissen keine Ausschlagungsfrist gilt, § 2187.

[4] Man sprach im gemeinen Recht von einer fictio pacti successorii.

[5] **Vgl. RG. 16. Oktober 1911 Entsch. 77 S. 165.**

[6] Das Ganze zeigt die Widernatur des Instituts; vgl. OLG. Jena 12. Dezember 1901 Mugdan IV S. 127. Zu welchen Subtilitäten man kommt, beweist die Entscheidung RG. 14. Dezember 1911 Z. f. Rechtspfl. in Bayern VIII S. 133: wenn der überlebende Ehegatte nachträglich in neuer Ehe Kinder bekommt, so müsse berücksichtigt werden, ob er sich diesen Fall schon bei der Errichtung des Testaments gedacht habe, ob also hiernach die Erbverfügung als eine von unrichtigen Anschauungen ausgehende betrachtet werden könne!! Übrigens nimmt man nach guten Treuen an, daß der Überlebende geringfügige Zuwendungen machen könne, welche der Korrespektivität nicht eigentlich zuwider wären; Brütt, Arch. f. b. R. XXIX S. 392.

erwarben allerdings die sog. Universalfideikommisse. Auch bei uns besteht die Möglichkeit, im Testament durch Vermächtnis eine Vermögensgesamtheit zu hinterlassen, aber immer nur so, daß das Vermächtnis ein schuldrechtliches ist und der Erbe lediglich die Verpflichtung hat, die Vermögensmasse zu übertragen[1]. Das römische Recht aber hat bei sog. Universalfideikommissen, obgleich diese sonst nur schuldrechtlich waren, schon zu Neros Zeiten den merkwürdigen Satz entwickelt, daß durch einfache Erklärung des Erben eine Gesamtrechtsnachfolge entstehe, so daß sich an die Gesamtnachfolge des Erben die Gesamtnachfolge des Universalfideikommissars anreihe. Ja, die Erklärung, die der Erbe zu geben hatte, konnte gerichtlich ersetzt werden, und so entstand das merkwürdige Ergebnis, daß, während das römische Recht sich mit aller Macht gegen die Nacherbschaft sträubte (semel heres, semper heres), die Nacherbschaft durch eine Hintertür wieder hereinkam (S. 171). Dies alles ist für unser modernes Recht bedeutungslos.

§ 133. Der Anfall des Vermächtnisses erfolgt mit dem Erbfall, d. h. mit dem Tode. Damit erwirbt der Vermächtnisnehmer den obligationsrechtlichen Schuldanspruch. Ist das Vermächtnis ein bedingtes oder betagtes, so ist der Anfall auf die Zeit des Eintritts von Bedingung und Termin verschoben, jedoch mit folgendem:

1. Entweder ist a) das bedingte Vermächtnis in der Art aufzufassen, daß der Vermächtnisnehmer den Eintritt der Bedingung erleben muß: hier verfällt die Verfügung unter allen Umständen, wenn er vor Eintritt des Ereignisses stirbt; das römische Recht nahm die Notwendigkeit des Erlebens der Bedingung unter allen Umständen an, das BGB. nur als eine der Ausnahme fähige Regel (§ 2074 BGB.). Oder b) es ist nicht so aufzufassen, dann kann auch im Fall des vorzeitigen Todes die Bedingung erfüllt werden und das Vermächtnis fällt den Erben des Vermächtnisnehmers an[2]; in diesem Fall ist das Vermächtnis pfändbar, und seine Abtretung kann Anlaß zur Gläubigeranfechtung geben[3].

2. In jedem Fall wird die Zwischenzeit zwischen Erbfall und Vermächtnisanfall nach den Grundsätzen einer bedingten Forderung beurteilt (§§ 2074, 2177 ff. BGB.).

Erworben wird die Vermächtnisforderung von selbst; doch gilt auch hier ein Ausschlagungsrecht, das mit der Annahme des Vermächtnisses verloren wird; Ausschlagung und Annahme erfolgen ganz zweckentsprechend durch Erklärung gegenüber den Beschwerten[4]; diese kann nach dem Erbfall (auch vor dem Vermächtnisanfall) erfolgen; eine Frist der Ausschlagung besteht nicht (§ 2180 BGB.).

§ 134. Jedes Vermächtnis verlangt einen Beschwerten und einen Bedachten. Der Beschwerte ist der Schuldner, der Bedachte der Gläubiger. Beschwert aber kann nicht nur der Erbe werden, sondern auch ein Vermächtnisnehmer, überhaupt ein jeder, dem etwas von Todes wegen zugewendet wird: denn es muß dem Erblasser zustehen, einer jeden Zuwendung beliebige Beschränkungen hinzuzufügen und sie dadurch zur Quelle neuer Zuwendungen zu erheben; z. B. der Erblasser vermacht dem A. sein Haus, legt ihm aber auf, seinem Diener dort Wohnung und jährliche Abfindung zu leisten[5]. Natürlich gilt hierbei der Grundsatz, daß der Vermächtnisnehmer nicht mehr belastet werden kann, als er selbst erhält (§ 2187): er kann die Leistung des übrigen verweigern und das Erhaltene oder seinen Wert zur Befriedigung hingeben.

Auch ein Nachvermächtnis ist möglich, ebenso wie bei Erbschaften eine Nacherbeinsetzung. Es unterliegt ähnlichen Beschränkungen wie diese, so daß regelmäßig in dreißig Jahren die Be-

[1] RG. 25. Januar 1909 Recht XIII Nr. 994, auch 15. Juni 1911 Recht XV 2912.

[2] OLG. Karlsruhe 30. November 1912 Bad. Rechtspraxis 1913 S. 21.

[3] Aber auch nur in diesem Fall. Vgl. RG. 17. März 1908 Entsch. 67 S. 425.

[4] Auch gegenüber dem Testamentsvollstrecker, Stuttgart 19. März 1909 Recht XIV 2180.

[5] Daher kann ein Vermächtnis dem von Todes wegen Beschenkten auferlegt werden, soweit die Schenkung durch Schenkungsversprechen erfolgt und dieses zur Zeit des Todes noch aussteht, § 2301, auch dem Empfänger einer Auflage (unrichtig Kipp in der Erlanger Festschrift f. Prinzregent Luitpold S. 27), auch dem Bezugsberechtigten bei einer Lebensversicherung; vgl. meine Ausführungen bei Dernburg VI S. 528, nicht aber demjenigen, der (wie der Ehegatte bei der Gütergemeinschaft) aus einer Zuwendung nur mittelbar einen Vorteil erlangt.

lastung wegfällt, vorbehaltlich der Ausnahmen, die hier ebenso wie bei der Erbeinsetzung gestattet sind (§§ 2162 f. BGB.).

Ist mehreren Erben oder Vermächtnisnehmern ein Vermächtnis auferlegt, so haben im Zweifel die mehreren nach Verhältnis der Erbteile oder nach Verhältnis des Wertes ihrer Vermächtnisse die Belastung zu tragen. Eine Gesamthaftung findet nicht statt, und zwar mit Recht; es ist kein Grund vorhanden, die Vermächtnisse in einer solchen scharfen Weise zu sichern wie die Schuldforderungen (§ 2148 BGB.).

Das Vorausvermächtnis (Prälegat), d. h. das Vermächtnis zugunsten eines Miterben, ist aus dem scholastischen Wust romanistischer Scheinwissenschaft heraus zur gesunden Gestaltung gebracht worden. Der helle Unsinn, den die Römer in dieser Beziehung entwickelt haben, ist anderwärts [1] ans Licht gezogen worden. Das Vorausvermächtnis ist nichts anderes als eine den Erbteilen innewohnende Besonderheit, wonach die Erbteilung so geschehen soll, daß der eine Miterbe etwas aus der Erbschaft vorausbekommt, während das übrige nach Maßgabe der Erbportionen zu teilen ist, § 2150. Schlägt er allerdings die Erbschaft aus, dann wandelt sich die Verfügung in ein Vermächtnis um, und es entsteht ein gewöhnliches Vermächtnis zugunsten seiner als eines Nichterben. Im übrigen ist zwischen dem Teil, der ihm als gewöhnlichem Miterben zukommt, und dem Voraus zu unterscheiden: ist ihm auferlegt, seinen Miterbteil an einen Nacherben gelangen zu lassen, so bezieht sich dies nur auf seinen gewöhnlichen Teil, nicht auf den Voraus, und das gleiche gilt im Falle des Erbschaftskaufs, §§ 2110, 2373 BGB.

§ 135. Mit der Auflage will der Erblasser einen Erfolg herbeiführen, sei es nun zum allgemeinen Wohl oder zur Erinnerung an sich, oder auch zugunsten einer bestimmten oder unbestimmten Person; wesentlich ist aber, daß auch im letzteren Falle die Person kein Recht auf Verwirklichung hat (§§ 1940, 2192 ff. BGB.). Dies wäre um so weniger möglich, als die Person ganz unbestimmt gelassen werden kann, so z. B. eine Auflage zugunsten armer Gelehrter, Künstler usw., oder für katholische Zwecke, wo es sich zunächst darum handelt, den Empfänger zu bestimmen: dieser kann daher nicht der Träger des unbestimmten Anspruchs sein.

Es entsteht daher kein Schuldrecht, wie beim Vermächtnis; wohl aber können dritte Personen darauf dringen, daß die Auflage erfüllt, also nötigenfalls auch die Person bestimmt wird: vor allem kann dies der Testamentsvollstrecker, sodann der Erbe, Miterbe oder derjenige, welcher Erbe wäre, wenn der Beschwerte nicht zur Erbschaft berufen wäre. Diese dritten Personen haben einen Anspruch ohne Forderungsrecht, einen Anspruch zugunsten Dritter [2].

Die Auflage hat ähnliche Funktionen wie die Stiftung, nur daß sie diese nicht durch Gründung einer juristischen Person, sondern durch Verpflichtung einer vorhandenen Person vollziehen will. Besondere Ähnlichkeiten bestehen mit der fiduziarischen Stiftung [3].

§ 136. Der Testamentsvollstrecker ist eine Schöpfung des deutschen Rechts. Er war ursprünglich Salmann in dem Sinne, daß er Eigentümer der ihm übertragenen Sache wurde, in fiduziarischer Weise, d. h. mit der Verpflichtung, dieses Eigentum nach Maßgabe der Bestimmung des Erblassers zu verwenden, auch in dem Sinne, daß diese Verwendungspflicht zu einer auflösenden Eigentumsbedingung gesteigert war. Er war dasjenige, was das englische Recht als trustee bezeichnet, und was in der Geschichte des englischen Rechts bei den uses eine große Rolle spielt. Dies ist aber nicht mehr der Testamentsvollstrecker des heutigen Rechts; durch das kanonische Recht ist ein tiefgreifender Umschwung hervorgerufen worden [4].

[1] Arch. f. ziv. Praxis 91 S. 347 f. Es wäre allerdings nicht nötig gewesen, in § 2150 BGB. noch besonders zu sagen, daß die römische Konstruktion nicht gilt. Vgl. RG. 27. Februar 1908 Seuffert 63 Nr. 227. Vgl. auch Ungarn Entw. § 1675.

[2] Vgl. über dieses vorher recht mangelhaft behandelte Problem die Zwölf Studien zum BGB. II S. 1 f. (Arch. f. b. R. XXI S. 259 f.); ferner Cottino, Il modo nella legge successoria Germanica (Akademie Turin, Band 45).

[3] Vgl. oben S. 19; vgl. auch Kliebert, Die Auflage (1907), S. 82 f.

[4] Vgl. hierüber die treffliche Schrift von Schulze über die langobardische Treuhand. Man vgl. auch folgende venezianische Urkunde, Rialto 1183: Volo ut suprascripta proprietas veniat

Der Testamentsvollstrecker hat heutzutage ein Amt: er ist Vertreter (Organ), ähnlich dem Vormund, er handelt für einen Dritten, und der Dritte ist der Nachlaß als juristische Persönlichkeit. Wie im Fall der Nachlaßverwaltung, so wird auch hier der Nachlaß wieder zur juristischen Person gestaltet: der Zusammenhang mit dem Erben wird gelöst; alles dieses, vorausgesetzt, daß es sich um einen Testamentsvollstrecker mit Verwaltungsbefugnis handelt[1]. Daraus ergibt sich von selbst, daß von nun an nicht nur der Erbe nicht mehr verfügen kann, sondern auch seine (persönlichen) Gläubiger keinen Zugriff mehr auf den Nachlaß haben (§§ 2211, 2214 BGB.); es ergibt sich ferner daraus, daß der Testamentsvollstrecker die Möglichkeit hat, den Nachlaß mit Schulden zu belasten (§§ 2206, 2207 BGB.); es ergibt sich daraus, daß die Nachlaßansprüche gegen den Testamentsvollstrecker geltend zu machen sind (§ 2213 BGB.): sie können zwar auch gegen den Erben erhoben werden, allein dann bleibt den Gläubigern der Nachlaß als Vollstreckungsvermögen verschlossen, solange sie nicht gegenüber dem Testamentsvollstrecker die Befugnis erwirkt haben, auf den Nachlaß zu greifen (§ 2213 BGB.; §§ 748, 780 ZPO.). Und darum ist der Testamentsvollstrecker auch ins Grundbuch einzutragen, § 53 GrundbO., und erhält er einen Erbschein, § 2368 BGB.

Hiernach ergibt sich die Konstruktion des Verwaltungstestamentsvollstreckers von selber: er ist Organ der juristischen Persönlichkeit des Nachlasses[2]. Diese juristische Persönlichkeit hat allerdings nicht ein unbedingtes Recht am Nachlaß; möglicherweise kann ihr Recht dinglich beschränkt sein, und zwar dinglich beschränkt so sehr, daß das konkurrierende Recht des Erben dinglich hervortritt; so wenn die Verfügung des Testamentsvollstreckers über Nachlaßsachen an die Zustimmung des Erben geknüpft ist, §§ 2205—2208[3]. Abgesehen hiervon kommt das Recht des Erben nur in der Art zur Geltung, daß der Erbe einen fiduziarischen Anspruch auf Herausgabe der Erbschaft besitzt, nach Erledigung der Tätigkeit des Testamentsvollstreckers.

Der Testamentsvollstrecker wird im Testament ernannt, kann auch im Erbvertrag ernannt werden, jedoch nur mit testamentarischer Wirkung, d. h. in widerruflicher Weise, denn die Wahl der Person ist Sache des Vertrauens (§§ 2197, 2278, 2299 BGB.). Die Auswahl kann auch Dritten überlassen werden, vor allem dem Nachlaßgericht, denn dieses kann am besten die Umstände zur Zeit des Erbfalles berücksichtigen. Auch kann dem Testamentsvollstrecker die Aufstellung eines Nachfolgers gestattet werden, §§ 2198—2200 BGB.. Eine Verpflichtung, die Ernennung anzunehmen, besteht nicht, § 2202, eine Ablehnung ist unwiderruflich[4]. Ein einziger Erbe kann nicht zugleich Testamentsvollstrecker sein, wohl aber ein Miterbe[5]; nicht dagegen der einzige Vorerbe gegenüber dem Nacherben, wodurch dessen Stellung verkümmert würde[6]. Der Testamentsvollstrecker kann entlassen werden, § 2227, die Entlassung ist unwiderruflich.

---

in potestatem suprascriptorum commissariorum meorum et do eis potestatem ut eam vendant et precium illius distribuant pro anima mea et meorum (Archivio Veneto X p. 332).

[1] Ein Testamentsvollstrecker ohne Verwaltungsbefugnis hat nur Ansprüche zugunsten der im Testament Bedachten, weiter nichts (§ 2208 BGB.).

[2] Nicht Vertreter der Erben, vgl. auch Kammergericht im Jahrb. v. Johow und Ring XXIV A 106. Daher können die Erben in Prozessen des Testamentvollstreckers als Zeugen vernommen werden, OLG. Hamburg 6. November 1901 Mugdan IV S. 122. Weil er aber doch Vertreter ist, gilt § 181 BGB.; unrichtig OLG. Kolmar 26. März 1902 Z. f. Elſ.-Lothr. XXVII S. 484. Vgl. auch RG. 21. April 1910 Recht XIV 2582 und meine Abh. in Seuffert Bl. 73 S. 72 f.

[3] Regelmäßig hat er das Recht der Verfügung, auch das Recht der hypothekarischen Belastung, Kammergericht 7. März 1904 Mugdan XI S. 246, aber auch Stuttgart 17. Oktober 1910 Recht XIV 4109.

[4] Es wäre wünschenswert gewesen, eine Bestimmung zu geben, daß aushilfsweise das Nachlaßgericht den Testamentsvollstrecker ernennen könne, wie früher im Hamburger Recht; was nun auch nach Hamburger Recht nur noch für den Nachlaß von Personen gilt, die vor dem BGB. verstorben sind; vgl. auch LG. Hamburg 14. Februar 1901 Hanseatische Gerichtszeitung 1901 Beibl. S. 189. Über die Unwiderruflichkeit der Ablehnung Kammergericht 15. Januar 1905 Entsch. freiw. Gerichtsb. V S. 154.

[5] RG. 26. Oktober 1911 Entsch. 77 S. 177, Kammergericht 11. Oktober 1906 Jahrb. 33 A S. 159, und 28. März 1904. Kann er als Testamentsvollstrecker auch Verfügungen an sich selbst als Miterben vornehmen, z. B. eine Auflassung? Ja, denn es handelt sich um Erfüllung einer obliegenden Verbindlichkeit, § 181 BGB.; vgl. RG. 28. Juni 1905 Entsch. 61 S. 139 und Kammergericht 28. März 1904 Entsch. freiw. Gerichtsb. IV S. 185.

[6] Kammergericht 19. April 1909 Entsch. freiw. Gerichtsb. X S. 116, Seuff. Blätter 75 S. 38.

4. Reaktion gegen die Willkür (Pflichtteilsrecht).

§ 137. Das BGB. kennt, wie alle kontinentalen Gesetze, Bestimmungen, welche den erblasserischen Verfügungen Schranken auferlegen [1]. Diese Beschränkungen folgen entweder den Regeln des römischen Pflichtteils- oder denen des germanischen Noterbrechts. Das BGB. hat hier die deutschrechtliche Grundlage verlassen und sich völlig auf das römisch-rechtliche Gebiet hinüberbegeben.

Das deutschrechtliche Noterbrecht (Recht des Erbvorbehaltes) steigerte das gesetzliche Erbrecht so sehr, daß der Erblasser nicht in der Lage war, den gesetzlichen Erben über ein bestimmtes Maß zu belasten: ein Teil des gesetzlichen Nachlasses war der Verfügung zugänglich, ein Teil der Verfügung entzogen, portion disponible und réserve (Erbvorbehalt). So hat sich das Noterbrecht in verschiedenen Gebieten des germanischen Rechts, namentlich in Frankreich, entwickelt. Das ganze Institut stammt aus der altgermanischen Einrichtung des unverfügbaren Erbgutes und ist eine Abmilderung desselben in der Art, daß das Erbgut nicht völlig, sondern nur teilweise der Verfügung des Erblassers entzogen ist. In neuerer Zeit findet sich das System im Code Napoléon und in den romanischen Rechten, die ihm folgen. Wichtig ist, daß der Noterbberechtigte seinen Noterbteil nur als Erbe, als Teilhaber des Nachlasses erlangen kann [2].

Das römische System dagegen gibt dem Pflichtberechtigten einen Pflichtteil, d. h. es stellt das Gebot auf, daß ihm ein bestimmter Vermögensbetrag zugewendet werden soll; ist dies nicht geschehen, so hat er einen Geldanspruch gegen die Erbschaft auf so viel, als an diesem Betrage fehlt; ist es geschehen, so kann der Erblasser mit dem Erbgut nach Belieben walten und zum Erben einsetzen, wen er will.

Das ist das römische oder vielmehr romanische System; denn im römischen Rechte selbst hat Noterb- und Pflichtteilsrecht so manche Wandlung durchgemacht und ist auch im justinianeischen Recht noch so verwickelt und verwirrt, daß erst die gemeinrechtliche Praxis den richtigen Gedanken herauslösen konnte. In Rom hatte sich durch die Praxis des Zentumviralgerichts (ähnlich wie in Griechenland) der Gedanke entwickelt, daß, wenn der Erblasser seinem Kinde, das sich nicht schlecht benommen hatte (oder anderen näheren Verwandten) alles oder zu viel entzog, eine solche Verfügung gar nicht mehr als geistig gesund und vernünftig zu betrachten sei. Dies führte zu der Feststellung eines Pflichtteils, d. h. eines bestimmten Bruchteils der gesetzlichen Erbportion, welchen man dem anständigen Kinde lassen müsse, ansonst man die Zensur des Zentumviralgerichts zu erwarten hatte. Allein gerade dieser Gedanke der Zensur verwehrte die Entstehung eines gesunden Pflichtteilsrechts; es blieb mehr oder minder die Anschauung, daß ein Testament, in welchem der Pflichtteil verletzt sei, als das Testament eines Wahnsinnigen zu gelten habe, und die Folge war, daß man es umstieß, so daß der Erbe nicht seinen Pflichtteil, sondern seinen vollen gesetzlichen Erbteil erhielt. So blieb die Sache jahrhundertelang bestehen; sie bestand so zur Zeit der großen Juristen. Allmählich kam man zu einem neuen Kunstmittel, um dem Institut eine bessere Wendung zu geben: man hinterließ dem Pflichterben einen Betrag und fügte bei, daß, wenn dieser als Pflichtteil nicht genüge, eine entsprechende Ergänzung gewährt werden solle; und Justinian erklärte, eine solche Bestimmung solle immer unterstellt werden, es solle also stets, wenn das Zugewendete nicht ausreiche, ein Ergänzungsanspruch eintreten. Der Ergänzungsanspruch war ein obligationsrechtlicher Geldanspruch. Von da war

[1] Im Gegensatz zum englischen Recht, welches dem Erblasser über bewegliches und unbewegliches Vermögen (soweit dieses nicht fideikommissarisch gebunden ist) die völlig freie Verfügung gestattet. Dies ist allerdings nicht ursprünglich englisches Recht: es ist das Ergebnis der Entwicklung des 18. Jahrhunderts, aber ein Ergebnis, das ungemein nachhaltig gewirkt hat. Dem englischen Recht folgten alle Staaten der United States mit Ausnahme derer, in welchen noch das französische oder spanische Recht nachwirkt. Auch das mexikanische Gesetz hat nachträglich das englische Prinzip angenommen. Vgl. auch zum ganzen Fiore, Sulla libertà di disporre (1908) und Heymann unten S. 340.

[2] Vgl. darüber meine Darstellung über den Erbvorbehalt in den Coutumes, in den Festgaben für Dernburg. Rußland unterscheidet noch zwischen Bona paterna und Acquäst. Dem germanisch-französischen System folgen das spanische Recht und die meisten Länder des spanischen Rechts, jedoch mit bedeutender Modifikation: der Erblasser hat auch innerhalb der portio indisponibilis die Befugnis der mejóra: er kann hiervon einem der Abkömmlinge einen Teil geben, so daß dieser seine Reserveportion, den Freiteil und die mejóra erhalten kann; Spanisches Zivilgesetzbuch a. 823 f. Vgl. auch Lacoste, Essai sur les mejoras (1911). Über die Geschichte der melioratio im Westgothischen und Langob. Recht vgl. Ferrari, diritto ereditario (1914) p. 76 f.

es nur noch ein Schritt, zu sagen: auch wenn dem Erben gar nichts hinterlassen ist, hat er seinen obligationsrechtlichen Anspruch auf einen dem Pflichtteil gleichkommenden Geldbetrag. Diesen Schritt hat Justinian nicht getan, sondern er hat (in der Novelle 115) höchstens dazu beigetragen, die Materie zu verwirren. Aber in der gemeinrechtlichen Praxis, in Deutschland und in Frankreich, ist man vielfach so weit gekommen, und dem schloß sich das BGB. an. Seine Behandlung des Pflichtteils ist also die folgerichtige Entwicklung eines römischen Rechtsgedankens, die allerdings in den Einzelheiten nur teilweise gelungen ist.

§ 138. Nach dem BGB. (wie nach gemeinem Recht) muß man unterscheiden zwischen dem Pflichtteilsgebot und dem Pflichtteilsanspruch[1]. Das Pflichtteilsgebot besteht überall, sobald ein Pflichterbe zur Erbschaft gerufen ist oder zur Erbschaft gerufen wäre, wenn keine Verfügung von Todes wegen bestünde: das Gebot geht dahin, daß ihm mindestens der Pflichtteil zugewendet werden soll. Der Pflichtteil ist nach dem BGB. regelrecht die Hälfte des gesetzlichen Erbteils, und pflichtteilsberechtigt sind Abkömmlinge, auch ferneren Grades, Eltern (nicht Aszendenten höheren Grades) und Ehegatten (§ 2303)[2].

Ein Pflichtteilsanspruch entsteht dann, wenn diesem Gebote nicht entsprochen, wenn ihm also sein Pflichtteil nicht als Erbe, aber auch nicht auf dem Wege des Vermächtnisses zugewendet ist. Allerdings ist hierbei zu bemerken, daß auch die Vorempfänge als antizipiertes Erbgut zu behandeln sind, und wenn der eine Sohn einen Vorempfang erhalten hat, so muß dieser Vorempfang dem Nachlaß hinzugezählt, es muß hiernach der Bruchteil berechnet und auf diesen Bruchteil der Vorempfang zur Ausgleichung gebracht werden. Ein Besonderes gilt, wenn der Erblasser bestimmt hat, daß der Vorempfang auf den Pflichtteil angerechnet werden soll: hier wird zunächst der Pflichtteil ohne Ausgleichung bestimmt und dann der ganze Vorempfang dem Pflichtteil angerechnet: der Vorempfang ist dann nicht bloß Vorauserbschaft, sondern Vorauspflichtteil, §§ 2315, 2316[3].

[1] Mit Recht scheidet daher das Schweizer Recht 1. Verfügungsfreiheit, a. 470 f., 2. Herabsetzungsklage, a. 522 f. Über die Auskunftspflicht des Erben vgl. § 2314 BGB., RG. 7. März 1910 Entsch. 73 S. 369.

[2] Das Schweizer Recht ist hier nicht vorbildlich. Das Schweizer GB. a. 471 hat für die Kinder einen Pflichtteil bis zu $^3/_4$ (dies ist nicht empfehlenswert) und erstreckt den Pflichtteil auf Geschwister, kantonal selbst auf Neffen, a. 472. Anderseits kann der Erblasser dem Ehegatten trotz der gemeinsamen Kinder die Nutznießung am Ganzen zuwenden, a. 473. Dies führt zur völligen Versklavung des Kindes. Anders der Code Napoléon a. 1094.

[3] Der letzte Passus des § 2316 ist völlig unnötig und verwirrend. Es versteht sich von selbst, daß, wenn ein Vorempfang auf den Pflichtteil angerechnet werden soll, er nicht zugleich auf den Erbteil ausgeglichen und dann nochmals auf den Pflichtteil angerechnet werden darf. Man denke: 2 Erben, Nachlaß E, Vorempfang V, ein Vorempfänger.

Gewöhnliche Berechnung:

$$\text{Erbteil des Vorempfängers: } \frac{E+V}{2} - V = \frac{E-V}{2} = \frac{E}{2} - \frac{V}{2}$$

$$\text{Pflichtteil (I)} = \frac{E}{4} - \frac{V}{4}.$$

Berechnung in dem Fall, wenn der Erblasser die Anrechnung des Vorempfanges auf den Pflichtteil verfügt hat:

$$\text{Erbteil } \frac{E+V}{2} = \frac{E}{2} + \frac{V}{2} \text{ (also ohne Ausgleichung)}$$

$$\text{Pflichtteil (II)} = \frac{E}{4} + \frac{V}{4} - V = \frac{E}{4} - \frac{3\,V.}{4}$$

Der § 2316 will es verhüten, daß man etwa die Rechnung so ansetzt:

$$\text{Pflichtteil (wie I)} = \frac{E}{4} - \frac{V}{4} \text{ (also mit Ausgleichung), und davon V abzieht, also:}$$

$$\frac{E}{4} - \frac{V}{4} - V = \frac{E}{4} - \frac{5}{4}\,V.$$

Dies wäre falsch: hier würde vom Pflichtteil der Vorempfang (kraft Anrechnung) ganz und noch zu einem Teil (kraft Ausgleichung) abgezogen!

Diesen Fehler kann man allerdings, auch wenn man den Pflichtteil (I) zu Grunde legt, vermeiden, falls man schließlich nicht V, sondern nur $\frac{V}{2}$ abzieht, also:

$$\text{Pflichtteil (II)} = \frac{E}{4} - \frac{V}{4} - \frac{V}{2} = \frac{E}{4} - \frac{3}{4}\,V.$$

Unter Umständen ist es aber auch dem durch Erbeinsetzung oder Vermächtnis Bedachten gestattet, auszuschlagen und den Pflichtteil zu verlangen; so 1. wenn ihm ein Vermächtnis zugewendet wurde, weil sonst der Erblasser dem Pflichtteilsberechtigten alle möglichen Vermögensgegenstände als Vermächtnis anhängen könnte, die für ihn keinen Wert hätten [1]; 2. wenn er auf sein Pflichtteil zum Erben eingesetzt, aber zugleich mit Belastungen (Vermächtnissen, Nacherbeinsetzungen, Testamentsvollstrecker) beschwert ist. Hier hat das BGB. ein sehr ungeeignetes System: hat er gerade seinen Pflichtteil erhalten, und ist dieser belastet, so fällt die Belastung weg; hat er eine größere Portion erhalten, und ist diese belastet, so hatte das Röm. R. die ganz vernünftige Einrichtung: die Pflichtteilsportion war von dieser Belastung frei, die Belastung drückte also nur den Bruchteil seines Erbes, der über dem Pflichtteil war [2]. Ist z. B. der Pflichtteil ein Viertel, der zugewendete Erbteil ein Drittel (also $\frac{1}{4} + \frac{1}{12}$, mithin $\frac{1}{12}$ über den Pflichtteil), so sind nach dem römischen Recht die Belastungen unwirksam, soweit sie auf dem Viertel ruhen, dagegen wirksam, soweit sie von dem übrigen Zwölftel zu tragen sind. Hiergegen hat die gemeinrechtliche Praxis die Behandlungsweise aufgebracht, welche man als cautela Socini bezeichnet [3]. Der Erblasser pflegte nämlich schon im 16. Jahrhundert zu bestimmen: entweder soll der Pflichterbe die Verfügung so annehmen, wie sie ist, oder er soll auf seinen Pflichtteil gesetzt sein. Diese Kautel ward so häufig, daß man sie allmählich als selbstverständlich ansah; so auch unser BGB. Bekommt also der Pflichtteilsberechtigte einen dem Pflichtteil gerade entsprechenden Bruchteil, dann stürzt jede Belastung zusammen; bekommt er aber einen größeren Bruchteil, dann tritt die cautela Socini in folgender Art ein: er kann sich entweder zufrieden geben, also den Erbteil mit seiner vollen Belastung annehmen, oder die Erbschaft ausschlagen und den Pflichtteilsanspruch geltend machen (§ 2306 BGB.). Entweder geht er unter das Kaudinische Joch, oder er ist mit seinem Pflichtteil gestraft. Dies ist eine Strenge, zu der sich vielleicht der Erblasser versteht, die aber gesetzgeberisch ganz unangebracht ist. Hiergegen spricht auch noch folgender Umstand: Pflichtteil und Hälfte des Intestaterbteils sind nicht immer gleich, denn sei es infolge des § 2311, sei es infolge der Ausgleichungsverhältnisse (§§ 2315, 2316), kann der Pflichtteil in concreto etwas ganz anderes werden als die Hälfte des Erbteils, er kann selbst zum Ganzen des Nachlasses heranwachsen! Auf solche Unsicherheiten aber ist die Unterscheidung in § 2306 gebaut!

§ 139. Der Pflichtteil ist ein jus sanguinis, kein jus heredis; er geht aber auf $\frac{1}{2}$ dessen, auf was der Pflichterbe bei normaler Entwicklung des Intestaterbrechts berufen würde. Die Eltern haben daher einen Pflichtteil nur, wenn die Abkömmlinge entweder nicht pflichtteilsberechtigt sind oder auf den Pflichtteil verzichten [4]; und auch der Verzicht auf den Pflichtteil wird nicht wie ein Verzicht behandelt, wenn der Verzichtende abgefunden worden ist [5].

Der Pflichtteilsanspruch ist ein schuldrechtlicher Anspruch gegen den Nachlaß auf einen Geldbetrag [6]; er repräsentiert somit eine Nachlaßverbindlichkeit, welche allerdings hinter anderen Nachlaßverbindlichkeiten zurücktritt. Er lastet auf dem Erben; doch kann der Erbe unter Umständen die Belastung überwälzen; so insbesondere, wenn er mit Vermächtnissen beschwert ist: hier wäre es unzutreffend, wenn er die Pflichtteilsbelastung allein zu tragen hätte und der Vermächtnisnehmer das Vermächtnis voll bekäme. Daher gilt folgendes: der eingesetzte Erbe

Dies will der § 2316 Absatz 4 besagen, d. h. er will einen Fehler korrigieren, den man etwa machen könnte, den man aber von Anfang an nicht machen soll. Vgl. Bührer, Einfluß von lebzeitigen Zuwendungen des Erblassers auf Berechnung des Pflichtteils (1908), S. 73 f., 86 f., wo weitere Punkte behandelt werden, namentlich auch die Berechnung, wenn neben dem Kindespflichtteil der Ehefrauenpflichtteil zu bestimmen ist.

[1] Natürlich steht es ihm aber auch zu, das Vermächtnis anzunehmen und zu verlangen, was noch vom Pflichtteil fehlt, OLG. Kolmar 4. Oktober 1905 Mugdan XII S. 390.

[2] Dies ist auch das System des Schweizer GB. a. 531: „Eine Nacherbeinsetzung ist gegenüber einem pflichtteilsberechtigten Erben im Umfang des Pflichtteils ungültig." Ausdrückliche Socinische Cautel in Ungarn Entw. § 1806.

[3] Marianus Socinus (der Jüngere), 1482–1556, schrieb namentlich consilia. Über ihn Savigny, Gesch. des R.R. VI S. 353 f.

[4] Dies ist unklar ausgedrückt in § 2309. Vgl. auch Strohal, Pflichtteilsrecht der . . . Eltern (1899), der sich viel zu sehr an den Wortlaut des Gesetzes hält. Über den Verzichtenden vgl. Kammergericht 26. Januar 1906 Mugdan XII S. 391.

[5] Vgl. Marx, Wirkungen des Erbverzichts, S. 87 f.

[6] Vgl. Schiffner, Pflichtteil (1897), S. 11. Anders Ungarischer Entw. § 1808.

haftet dem Pflichtteilsberechtigten für den vollen Pflichtteil, kann aber einen entsprechenden Teil vom Vermächtnisnehmer ersetzt verlangen, so daß im Ergebnis er und der Vermächtnisnehmer in gleichmäßiger Weise, d. h. entsprechend dem Betrag ihrer Hebungen, vom Pflichtteilsanspruch getroffen werden (§ 2318 BGB.). So auch Schweizer GB. a. 525.

§ 140. Bei Berechnung des Pflichtteils wird der Nachlaß gewertet; Rechte unter aufschiebender Bedingung kommen nicht in Betracht, ein Nacherbrecht nur dann, wenn der Nacherbfall (nach § 2108) sicher ist [1]. Schulden, Beerdigungskosten, Voraus (§ 2311) werden vorher abgezogen [2].

§ 141. Schon das römische und das deutsche Recht erkannten, daß der Pflichtteil auch durch Schenkung unter Lebenden verletzt werden könne. Der Erblasser kann so viele Schenkungen machen, daß dem Pflichterben im Nachlasse wenig mehr übrigbleibt, er also auch dann verletzt wird, wenn er der einzige Erbe ist [3]. In solchen Fällen gab das römische Recht eine querela inofficiosae donationis, und auch das deutsche Recht gewährte die Anfechtung von Schenkungen, allerdings mit mannigfacher Beschränkung. Dem entspricht auch der Code Napoléon und die neueren Gesetzbücher, und zwar in der Art: die Schenkungen müssen bei Berechnung des Pflichtteils berücksichtigt werden; sie werden dem Nachlaß fiktiv zugezählt und danach die Pflichtteilsergänzung berechnet. Ist das Vermögen = A und die Schenkung = X, und sind 3 Kinder vorhanden, so ist der fiktive Erbteil eines jeden Kindes A/3 + X/3, und der Pflichtteil die Hälfte davon, also A/6 + X/6; A/6 heißt der eigentliche Pflichtteil, und X/6 die Pflichtteilsergänzung. Der Pflichtteilsberechtigte hat auch diese Ergänzung zunächst vom Nachlaß zu verlangen. Findet er sie hier nicht, dann kann er einen Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung gegen die Beschenkten, und zwar zuerst gegen den zuletzt Beschenkten, erheben und damit die Pflichtteilsergänzung im Betrag von X/6 verlangen [4]. Schenkungen aber, welche bereits 10 Jahre vor dem Tode geleistet sind, sind gegen diese wie gegen andere Unvollkommenheiten gefeit (§§ 2325—2329); vgl. mit § 529 BGB. Dazu kommt eine Verjährung des Pflichtteils- und des Pflichtteilsergänzungsanspruchs vor 3 Jahren, § 2332 [5].

Eine Lebensversicherung zugunsten eines Dritten gilt als Schenkung nur bezüglich der bezahlten Prämien [6]. Hat der Pflichterbe selbst ein Geschenk bekommen, so ist es auf die Pflichtteilsergänzung anzurechnen, auf den sonstigen Pflichtteil dagegen nur unter den oben geschilderten Umständen; die 10 Jahre gelten auch hier, § 2327 [7].

§ 142. Dem römischen Rechte entspricht es auch, daß der Pflichtteil nur relativ ist und unter Umständen entzogen werden kann. Man sprach früher von Enterbung; das BGB. nennt es dagegen Entziehung des Pflichtteils; unter Enterbung versteht man nunmehr den Fall, daß der Erblasser im Testament einem gesetzlichen Erben das Erbrecht nimmt, womit aber eine Entziehung des Pflichtteilsanspruchs noch nicht verbunden ist (§§ 1938, 2333 f., 2336) [8].

[1] Vgl. Kisch im Jahrb. f. Dogm. **61** S. 1 und Nürck ebenda 63 S. 309.

[2] OLG. Hamburg 8. März 1906 Mugdan XII S. 393.

[3] Vgl. RG. 9. Mai 1904 Entsch. 58 S. 124.

[4] Es heißt in § 2329, er könne dies, „soweit der Erbe zur Ergänzung des Pflichtteils nicht verpflichtet ist". Wie aber, wenn der Erbe infolge des Verlustes des Inventarrechts unbeschränkt haftet, aber wegen Zahlungsunfähigkeit den Pflichterben nicht befriedigen kann? Nach dem Wortlaut des § 2329 BGB. wäre hier der Anspruch gegen den Beschenkten ausgeschlossen, allein das Ergebnis wäre ein dem Sinne des Gesetzes völlig widersprechendes. Der Pflichtteilsberechtigte erhält die Ergänzung vom Erben, eventuell vom Beschenkten, denn Pflichtteil geht der Schenkung vor.

[5] Das Schweizer Recht hat statt der 10 Jahre eine Frist von 5 Jahren und eine Verjährung von einem Jahre, §§ 527, 533. Ist der Pflichtteil durch Vermächtnis zugewendet, so ist natürlich der Anspruch hierauf ein Vermächtnisanspruch, kein auf dem Pflichtteilsgebot beruhender Pflichtteilsanspruch, er unterliegt daher nicht der 3jährigen Verjährung. Zweifelhaft RG. 4. April 1911 Warneyer, Ergänzung 1911 S. 377. Natürlich ist zu Lebzeiten des Erblassers von einem Ergänzungsanspruch keine Rede, auch nicht von einem bedingten, weshalb auch eine einstweilige Verfügung ausgeschlossen ist; Kammergericht 14. Januar 1908 Mugdan XVI S. 276.

[6] Vgl. Kohler bei Dernburg VI S. 524.

[7] Unrichtig RG. 2. November 1908 Entsch. 369 S. 89.

[8] Dagegen entzieht der vertragsmäßige Erbverzicht im Zweifel dem Pflichterben auch den Pflichtteil (§ 2346 BGB.).

Was aber die Entziehung des Pflichtteils betrifft, so hat sich das BGB. an das Recht Justinians angeschlossen, daß die entziehende Verfügung die Gründe anzugegeben hat, und daß die angegebenen Gründe wahr sein müssen. Die Weisheit dieser Bestimmung läßt sich bestreiten. Es kommt nicht selten vor, daß der Erblasser, der einen genügenden Entziehungsgrund kennt, ihn aus Schonung verschweigt, weil er den Pflichterben nicht an den Galgen liefern will. Es wäre daher immerhin besser gewesen, wenn, unter Nachweis eines solchen Entziehungsgrundes, die Bestimmung des Erblassers auch ohne solche Angabe aufrechterhalten werden könnte.

Richtig ist dagegen folgende Vorschrift: die Angaben des Erblassers über Entziehungsgründe geben noch keine gesetzliche Vermutung für die Richtigkeit; denn nicht selten findet sich der Erblasser in der Gewalt suggestiver Elemente, welche die Gefühle gegen seine Nachkommenschaft ertöten und ihr zu diesem Zwecke nach Art des Edmund oder des Franz Moor alle möglichen Schandtaten andichten; nicht selten ist auch der Erblasser beim Testieren nicht mehr in einer so klaren Geistesverfassung, daß er den Darstellungen mit kritischem Geiste entgegentreten könnte. Die Angaben im Testament sind darum nicht selten völlig aus der Luft gegriffen. Mit Recht erklärt deshalb das BGB., daß trotz solcher Angaben der Entziehungsgrund fest bewiesen werden muß, wobei aber natürlich nach Umständen die Angabe des Testaments für den Richter ein erhebliches Anzeichen bieten kann (§ 2336 BGB.). So auch das Schweizer GB. a. 479[1].

Mit Recht fügt aber das Schweizer GB. bei, daß, wenn hiernach die Entziehung des Pflichtteils nicht aufrechterhalten werden kann, die Verfügung doch mindestens als eine Setzung auf den Pflichtteil wirksam ist.

Für die Relativität des Pflichtteils, d. h. dafür, daß dem Erblasser unter Umständen die Befugnis zusteht, ihn zu entziehen, sprechen gewichtige Gründe. Es wäre schlimm, wenn der Erblasser dem, der ihm nach dem Leben getrachtet, etwas von seiner Erbschaft hinterlassen müßte, oder wenn er der Tochter, die als Straßendirne die Jugend ansteckt, oder dem Sohne, der als Räuberhauptmann die Menschen niederknallt, sein schwer erworbenes Vermögen zu überantworten hätte. Nur vom Standpunkte des germanischen Rechts, welches eine gewisse Unverfügbarkeit der Erbschaft bestimmte und ein Recht der Familie an dem Vermögen annahm, in das kein einzelner eingreifen dürfe, wäre eine andere Betrachtungsweise gerechtfertigt (so auch das französische Recht). Diese Betrachtungsweise ist aber nicht die unsrige.

Die Entziehungsgründe sind verschieden, je nachdem es sich um Abkömmlinge, Eltern oder Ehegatten handelt. Bei Abkömmlingen sind besondere Verfehlungen gegen den Erblasser (oder dessen Ehegatten) und ein allgemeiner sittlicher Verderb zu unterscheiden. Zu der ersten Klasse gehören nicht nur Lebensnachstellung, sondern auch körperliche Mißhandlung und andere gröbliche Verfehlungen[2].

Der allgemeine sittliche Verderb kann ein Verderb durch gewohnheitsmäßige Auflehnung gegen die Rechtsordnung sein, so daß die gesamte Persönlichkeit außerhalb des anständigen Lebensverkehrs steht, oder durch sexuelle Ausschweifungen, wenn diese zu vollständiger Entwürdigung führen.

Zwischen beiden Arten von Entziehungsgründen aber besteht folgender Unterschied: die ersteren stellen Handlungen, die letzteren Zustände dar; die ersteren bleiben daher bestehen,

[1] Vgl. mein Gutachten (Nachtragsgutachten) über die Erbansprüche von Looz und Corswarem, S. 15. So auch italienische Statuten, Venedig, Stat. Enrico Dandolo 49 (Besta, Stat. civili di Venezia p. 148): nisi forte constiterit, quod filius injecerit manum in eum, quod quidem orribile facinus est; Ragusa 1272 IV 23: et hoc plene possint probari. Zahlreiche weitere geschichtliche Nachweise bietet Merkel, Die Justinianischen Enterbungsgründe (1908), S. 30 f., 46 f.

[2] Das BGB. nennt ausdrücklich körperliche Mißhandlung des Erblassers oder seines Ehegatten, wenn dieser der rechte Vater oder die rechte Mutter des Abkömmlings ist; der Stiefmutter darf er also erbungestraft eine Tracht Prügel geben! es müßten denn die Prügel so wuchtig sein, daß sie sich als schweres Vergehen darstellen, § 2333 Z. 3. Viel richtiger das Schweizer GB. a. 477: „wenn er gegenüber dem Erblasser oder einem von dessen Angehörigen die ihm obliegenden familienrechtlichen Pflichten schwer verletzt hat". Damit hat der Gedanke die richtige Fassung gefunden. In den alten Statuten finden sich verschiedene Bestimmungen. Vgl. Venedig in der vorigen Note; Ragusa 1272 IV 23 erwähnt unter anderm: si cum amica patris jacuerit, Civitavecchia 1451 a. 26: ragione de la ingratitudine.

auch wenn sie nicht wiederholt werden; doch ist die Verzeihung des Erblassers ein Tilgungsgrund, und zwar ein Tilgungsgrund nach doppelter Richtung hin: geht die Verzeihung der entziehenden Verfügung voraus, so ist diese unwirksam; folgt sie nach, so wird die Entziehung nachträglich wirkungslos. Die Verzeihung ist nicht etwa eine Rechtshandlung, sie hat einen ethischen Charakter und hat die Bedeutung, daß die entzweiende Wirkung gewisser sittenwidriger Handlungen ihren Stachel verliert und das Verhältnis zwischen verfeindeten Personen wieder auf den normalen Stand versetzt wird [1]. Die ethische Wirkung hat daher nur mittelbar eine Rechtswirkung: sie tritt deshalb auch dann ein, wenn der Erblasser nicht geschäftsfähig ist: er muß nur so weit gesunden Geistes sein, daß er einer verständnisvollen Verzeihung fähig ist, d. h. sowohl von der Schmach ein Verständnis hat als von der Vergebung, und auch so viel Initiative, daß eine augenblickliche Handlung als Äußerung der Gesamtpersönlichkeit gelten kann (nicht als bloße bedeutungslose Schwankung der Gefühle).

Handelt es sich aber um allgemeinen Verderb, so hört der pflichtteilslose Zustand auf, sobald das Kind sich zu guten Sitten zurückgewendet hat; vorausgesetzt, daß dies mindestens im Augenblick des Erbfalls geschah, und daß der Übergang zum Guten nicht bloß eine vorübergehende Anwandlung, sondern eine dauernde Besserung ist. Sollte etwa das Kind zeitweise reinere Sitten angenommen, dann aber vor dem Tode des Erblassers wieder in den Verderb zurückgefallen sein, so bliebe die Entziehung des Pflichtteils bestehen. Während Lebzeiten des Erblassers ist daher die Sache in der Schwebe. Wird Karl Moor tugendhaft, so bekommt er seinen Pflichtteil nur, wenn er nicht vor des Erblassers Tod wieder Räuberhauptmann geworden ist. Kehrt er nach dem Erbfall wieder in die böhmischen Wälder zurück, so läuft er höchstens Gefahr, daß man seine Bekehrung nur als eine vorübergehende betrachtet (§§ 2333, 2336, 2337 BGB.). Vgl. Ungarn Entw. § 1790: „dauernd aufgegeben hat".

Was aber den Pflichtteil der Eltern und Ehegatten betrifft, so kommen nur schwere Verfehlungen (bei Ehegatten Verfehlungen mit Ehescheidungscharakter) in Betracht (§§ 2334, 2335 BGB.).

§ 143. Schon das gemeine Recht wurde durch die Tatsache beunruhigt, daß die Zuwendung des Pflichtteils möglicherweise Anlaß zur Verschwendung ist, so daß die hierdurch erfolgte Vermögenssteigerung des Bedachten bald wieder von der Bildfläche verschwindet; wodurch der Zweck des Pflichtteils vollständig verfehlt würde. Auch noch der andere Fall zeigt große Mißlichkeiten, wenn der Pflichtteilsberechtigte von Gläubigern bedrängt ist und der zugewendete Pflichtteil nur eben in den Schlund des Konkurses versinkt. Hier gab das germanische Recht wenig Hilfe: der Gedanke der Unverfügbarkeit des Vermögens war zu starr, als daß er sich nach Bedarf umgestaltet hätte. Dagegen hat das gemeine Recht die Elastizität des Pflichtteilsbegriffs, seinen ethischen Grund und ethischen Zweck erfaßt und hiernach diesen besonderen Verhältnissen Rechnung getragen; in solchem Falle kann man nämlich dem Pflichterben den Pflichtteil zwar nicht völlig entziehen, aber den Berechtigten auf den Genuß beschränken und das Kapital in irgendeiner Weise „verklammern" (exheredatio bona mente); so auch das BGB. §§ 2338, 2271, 2289. So beim Verschwender und beim Überschuldeten. Dem Verschwender ist derjenige gleichzuachten, von dem anzunehmen ist, daß er sich von Dritten umstricken und unter falschen Vorspiegelungen das Vermögen abschwindeln läßt. Die Verklammerung aber kann erfolgen durch Aufstellung eines Verwaltungstestamentsvollstreckers oder durch Einsetzung eines Nacherben oder auch durch beides. Dieses würde noch nicht ganz genügen; denn möglicherweise könnten die Gläubiger eines Überschuldeten das unangreifbare Kapital unangegriffen lassen, allein jahraus, jahrein die Zinsen mit Beschlag belegen, so daß der Erbe von dem Zugewendeten so viel wie nichts hätte; nach § 863 ZPO. jedoch können sie die Früchte nur insofern in Anspruch nehmen, als nach Befriedigung des Unterhalts des Pflichterben und seiner Familie noch etwas übrigbleibt [2].

---

[1] Vgl. Klein, Rechtshandlungen (1912), S. 117. Vgl. auch oben S. 27.

[2] Dies mag allerdings als Unrecht gegen die Gläubiger des Überschuldeten angesehen werden. Das Schweizer GB. a. 480 hat daher die Vermittlung, daß in solchem Falle der Erblasser die Hälfte des Pflichtteils zugunsten der Kinder des Abkömmlings verklammern kann. Dem entspricht es, daß nach Schweizer GB. a. 524 die Gläubiger des Erben von sich aus die Pflichtteilsklage erheben können, was nach deutscher Auffassung (§ 852 ZPO.) ausgeschlossen ist.

§ **144.** Ein häufiges Mittel des Terrorismus, um eine berechtigte oder unberechtigte Anfechtung des Testaments zu verhüten, ist die Drohung der Versetzung auf den Pflichtteil. Damit wird unendlich oft das Pflichtteilsrecht selbst zu Grabe getragen. Der Ehemann vermacht seiner Ehefrau das ganze Vermögen und beschränkt die Kinder auf die Nacherbschaft oder auf die Beerbung des Überlebenden in der oben (S. 180) bezeichneten Weise, mit dem Bemerken, daß, wer sich dagegen erhebt, auf den Pflichtteil gesetzt wird. Der Zweck ist, die Kinder vom überlebenden Ehegatten abhängig zu machen. Das Kind, welches seinen Pflichtteil begehrt, wird natürlich vom Ehegatten während Lebzeiten schlecht behandelt; die Kinder unterlassen darum gern die Pflichtteilsklage, der überlebende Ehegatte hat seine besonderen Neigungen und Gelüste; bei seinem Tode ist nichts mehr vorhanden, die Kinder haben das Nachsehen. Diese Rechtserscheinung nennt man Berliner Testament, das allerdings vielfach in der Form einer Nacherbeinsetzung erfolgt, aber einer befreiten Nacherbeinsetzung (§§ 2136, 2137), welche den Kindern keine Sicherung bietet[1]. Glücklicherweise läßt sich der Pflichtteil nicht so ohne weiteres unwirksam machen, und wenn das Kind gegen den Erst- und Zweitversterbenden das Pflichtteil hat, so ist ihm ein bedeutendes Maß von Rechten gewahrt[2]. Im übrigen wären besondere Bestimmungen gegen das Berliner Testament wünschenswert, welches zu einer Versklavung der Kinder führt und sie der Willkür des Überlebenden überantwortet: es ist eine der schlimmsten Einrichtungen, welche man zur Unterdrückung der Persönlichkeit ausgedacht hat. Wenn man doch in dem Lande Goethes mehr den Zauber der Worte bedächte:

Höchstes Glück der Erdenkinder
Ist nur die Persönlichkeit.

---

[1] In Württemberg ist mehr der Nachlaßnießbrauch des Ehegatten verbreitet; vgl. Segall, Arch. f. b. R. XXXII S. 438.

[2] Man hat versucht, diese Rechte des Kindes durch die verschiedensten juristischen Kunstmittel zu vermindern; vgl. Meersmann, Arch. f. b. R. XXXVII S. 271 f. Sie sind sämtlich zu mißbilligen; die Rechtsordnung muß auf unverbrüchlicher Aufrechterhaltung der Pflichtteilsrechte bestehen. Wenig empfehlenswert ist auch die Entscheidung des Kammergerichts 7. Februar 1907 Mugdan XIV S. 273, welche dem Vormundschaftsgericht große Schwierigkeit macht, wenn es zur Wahrung des Pflichtteilsrechts des Kindes einen Pfleger bestellen will. Dabei spricht das Kammergericht von der verbreiteten Volkssitte, daß testamentarische Bestimmungen getroffen werden, wodurch das Pflichtteilsrecht des Kindes verletzt wird! — Leider. Solche testamentarische Bestimmungen müssen eben energisch bekämpft werden.

2.

Verhältnis des Reichsprivatrechts zum Landesprivatrecht

von J. Stranz,

berichtigt und ergänzt

von

Dr. K. v. Unzner,
Senatspräsidenten des Obersten Landesgerichts in München.

Inhaltsverzeichnis.

§ 1. Einleitung.

„Wir haben erreicht, was seit der Zeit unserer Väter für Deutschland erstrebt wurde: die Einheit und deren organische Gestaltung, die Sicherung unserer Grenzen, die Unabhängigkeit unserer nationalen Rechtsentwicklung.“ Mit Vorbedacht war in diesen Worten aus der Thronrede des ersten deutschen Kaisers bei der Eröffnung des ersten deutschen Reichstags nur von der Unabhängigkeit, noch nicht von der Einheit der nationalen Rechtsentwicklung gesprochen. Diesem Zielpunkt der nationalen Bestrebungen auch für das Privatrecht rückte erst das Reichsgesetz vom 20. Dezember 1873 nahe, welches die Nr. 13 des Art. 4 der DRV. dahin abänderte, die gemeinsame Gesetzgebung „über das gesamte bürgerliche Recht“ dem Reiche zu überweisen. Die Bahn war frei, die Zuständigkeit dem Reiche gegeben. Bei der Größe und Schwierigkeit der Aufgabe aber hat es einer Arbeit von über zwei Jahrzehnten bedurft, bis das gemeinsame deutsche Privatrecht im „Bürgerlichen Gesetzbuch“ nebst seinem Einführungsgesetz am 18. August 1896 unter Dach und Fach war.

Indes bedeutet diese Magna carta des Reichsprivatrechts nicht die Todesstunde für alles private Landesrecht. Vielmehr hat sich der Reichsgesetzgeber Schranken auferlegt und viele Gebiete der Landesgesetzgebung belassen. Im Dome des deutschen Rechts legen sich um das große Innenschiff nationaler Einheit Kapellen für die Landesrechte, deren Ausgestaltung jedem Bundesstaate überlassen ist. Deutsche Art, die sich an Fülle und Reichtum der Formen freut, hier und dort aber auch Mangel an Vorarbeiten haben die Einheit des Ausbaues auf manchem Gebiete gehindert. Auf andern Gebieten machten die Eigentümlichkeiten der deutschen Staats- und Rechtsentwicklung, die Verschiedenartigkeit der Bedürfnisse bestimmter Landesteile und bestimmter Stände zur Notwendigkeit, den Landesrechten Raum zu geben. So gibt es denn gegenwärtig und noch auf lange hinaus zwei große Welten deutschen Privatrechts: das Reichsprivatrecht und das Landesprivatrecht.

Das Problem des Verhältnisses von Reichsrecht zu Landesrecht ist nicht ein novum atque inauditum. Im öffentlichen Rechte hat es seit dem Erlaß der Reichsverfassung (Art. 2) die Geister beschäftigt, in geringerem Maße seit den Reichsjustizgesetzen auf dem Gebiete des Prozeßrechts, endlich aber auch im Privatrecht die Aufmerksamkeit beansprucht. Nur in dem Umfange, wie seit dem Inkrafttreten des BGB., war es bisher unbekannt. Die Frage kam auch für das frühere Recht in Deutschland kaum in Betracht. Einheit des Rechts war dem alten deutschen Rechte fremd, da es Stammesrecht und für die einzelnen Stämme verschieden war. So blieb es im Mittelalter. Als mit dem 15. Jahrhundert durch die Rezeption des römischen und kanonischen Rechts ein Gemeines Recht für das gesamte Deutschland sich bildete, schaffte es sich doch nur subsidiär hinter den einzelnen Landesrechten Geltung. Es herrschte die Regel: Willkür bricht Stadtrecht, Stadtrecht bricht Landrecht, Landrecht bricht Gemeines Recht. Gerade das umgekehrte Prinzip gilt heute: Reichsprivatrecht geht vor Landesprivatrecht.

Erstes Kapitel.

Umfang, Abgrenzung und Einteilung der Vorbehalte.

§ 2. Kodifikationsprinzip.

Das Prinzip, nach dem sich das Verhältnis der privatrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze zum BGB. bestimmt, ist im Art. 55 des EG.[1] ausgesprochen:

> „Die privatrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze treten außer Kraft, soweit nicht in dem Bürgerlichen Gesetzbuch oder in diesem Gesetz ein anderes bestimmt ist.“

[1] EG. ohne weiteren Zusatz bedeutet hier immer das Einführungsgesetz zum BGB.

Dem BGB. liegt somit das Kodifikationsprinzip zugrunde. Für Landesprivatrecht ist danach nur Raum, soweit ihm das Reichsrecht Raum gibt. Soweit das BGB. oder dessen EG. einen Vorbehalt [1] für die Landesgesetzgebung nicht enthält, tritt dieses in seiner Gesamtheit außer Kraft, gleichviel, ob seine Vorschriften mit dem BGB. inhaltlich übereinstimmen, ihm widerstreiten oder seine Lücken ergänzen, ohne Rücksicht ferner darauf, ob die Materie im BGB. geregelt ist (Mater. S. 56). Durch die Aufhebung werden insbesondere getroffen das Gemeine Recht, das preuß. ALR., das sächs. BGB., der Code civil, die Privatrechtsordnungen von Elsaß-Lothringen (EG. Art. 5); auch das dänische und österreichische Recht, soweit sie auf deutschem Boden noch Gültigkeit hatten, sind verschwunden. Zu den durch Art. 55 außer Wirksamkeit gesetzten privatrechtlichen Vorschriften gehören auch:

a) diejenigen, die in öffentlich-rechtlichen Gesetzen, insbesondere auch Prozeßordnungen, sich vorfinden oder in Kodifikationen, die privates und öffentliches Recht gemeinsam behandeln, wie dies namentlich im Teil II des preuß. ALR. häufig geschehen ist [2];

b) diejenigen, die in früheren Reichsgesetzen in bezug genommen sind, es sei denn, daß eine Spezialregelung gewollt oder landesgesetzlichen Vorschriften reichsrechtliche Kraft besonders beigelegt ist, z. B. Personenstandsges. v. 6. Febr. 1875 § 75 Abs. 2.

In gleicher Weise wie im Art. 55 des EG. z. BGB. bestimmt für die im Handelsgesetzbuche geregelten Materien der Art. 15 Abs. 1 des EG. z. HGB. die Voraussetzungen für die Geltung des Landesprivatrechts.

Der Grundsatz des Art. 55 ist ferner durch Verweisung auf diese Vorschrift übergegangen in die Grundbuchordnung (§ 82) und das Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung (§ 1 des EG. zu diesem Gesetze), so daß auch auf dem Gebiete des Grundbuchwesens und der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung von Grundstücken landesrechtliche Vorschriften nur auf Grund eines Vorbehaltsausspruchs zulässig sind.

Dagegen gilt das Kodifikationsprinzip nicht für das Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Auf diesem sind landesrechtliche Vorschriften nicht nur insoweit zulässig, als ein Vorbehalt reicht (§ 189 FGG.), sondern auch zur Ergänzung und Ausführung des FGG. (§ 200 das.).

§ 3. Der Vorbehaltsausspruch.

I. Die Gegenstände, welche der Landesgesetzgebung vorbehalten bleiben, sind vor allem im dritten Abschnitte des EG. („Verhältnis des BGB. zu den Landesgesetzen") Art. 56—152 bezeichnet. Auch im vierten Abschnitt (Art. 153—218), der die „Übergangsvorschriften" enthält, finden sich zahlreiche, gerade die Beziehungen des Landesprivatrechts zum neuen Rechte für die Übergangszeit ordnende Normen. Aber auch an vielen Stellen des BGB. selbst ist die Grenzregulierung erfolgt. Eine Reihe seiner Vorschriften setzt geradezu voraus, daß eine landesgesetzliche Ordnung, insbesondere durch Bezeichnung zuständiger Behörden, ergänzend eingreife [3]. Auch die Grundbuchordnung (§§ 90 ff.), das EG. zum Zwangsversteigerungsgesetz (§§ 3—14) und das FGG. (§§ 190—199) enthalten besondere Vorbehalte.

Selbstverständlich kann jedes neue Reichsgesetz neue Quellen des Vorbehaltsrechts eröffnen, alte aber versperren. So ist seit dem Inkrafttreten des BGB. das Gebiet der Vorbehalte durch die Gesetze über das Verlagsrecht vom 19. Juni 1901 und über den Versicherungsvertrag vom 30. Mai 1908 eingeengt worden, diese Gesetze haben die Art. 75, 76 des EG. zum größten Teile erledigt. Voraussichtlich wird demnächst auch der Vorbehalt des Art. 105 des EG. über die Haftung von Betriebsunternehmungen wegfallen; wenn der Entwurf eines Gesetzes

---

[1] Vorbehalt bedeutet diesen Vorbehaltsausspruch und das Vorbehaltsgebiet, d. h. das Rechtsgebiet, welches vermöge des Ausspruchs der landesgesetzlichen Zuständigkeit unterliegt.

[2] Der Art. 89 des preuß. AG. hebt daher eine Anzahl Vorschriften des ALR. auf, „soweit sie sich nicht auf öffentliches Recht beziehen".

[3] Vgl. z. B. §§ 44 (Verlust der Rechtsfähigkeit eines Vereins im Verwaltungswege), 85 (Verfassung einer Stiftung), 907 (Abstand einer Anlage von den Nachbargrenzen), 919 (Art und Verfahren bei Grenzabmarkungen), 1315 (Erlaubnis zur Eheschließung von Ausländern und Landesbeamten), 1558 (Zuständigkeit beim Güterrechtsregister), 1723 (bei Ehelichkeitserklärung), 1745 (bei Befreiung im Falle der Annahme an Kindes Statt), 1807 Abs. 2, 1808 (Anlegung von Mündelgeld).

über das Erbrecht des Reichs Gesetz wird, wird damit der Art. 138 aufgehoben. Eine Erweiterung ist erfolgt in dem Gesetze vom 17. März 1906 für die Überleitung bestehender Pfandrechte, die zur Sicherung künftiger Ansprüche auf Zinsen bestellt sind. Die Bedürfnisse des Verkehrs und die Entwickelung des Rechtes bringen es eben mit sich, daß die Rechtseinheit vom Reiche weiter ausgebaut wird, wie umgekehrt sie auch möglicherweise erweisen können, daß dem Landesrecht in einer Materie ein nicht genügender Spielraum gelassen ist. Beispielsweise ist, wenn die Versuche zur Entschuldung des Grundbesitzes vom Landesrecht weitergeführt werden, nicht ausgeschlossen, daß die jetzt zur Verfügung stehenden Vorbehalte nicht ausreichen, vielmehr dem Landesrechte gestattet werden muß, gewisse reichsrechtliche Vorschriften, insbesondere über die Eigentümerhypothek, zu durchbrechen.

II. Die Form des Vorbehaltsausspruchs ist keine gesetzlich festgelegte. Der Art. 3 EG.:

> „Soweit in dem Bürgerlichen Gesetzbuch oder in diesem Gesetze die Regelung den Landesgesetzen vorbehalten oder bestimmt ist, daß landesgesetzliche Vorschriften unberührt bleiben oder erlassen werden können, bleiben die bestehenden landesgesetzlichen Vorschriften in Kraft und können neue landesgesetzliche Vorschriften erlassen werden."

will mit den im ersten Halbsatz erwähnten Wendungen nicht die ausschließlichen, etwa wörtlich anzuwendenden Formeln für den Vorbehaltsausspruch geben. Die Formeln der ausdrücklichen Vorbehaltsaussprüche sind vielmehr wechselnde. Der Vorbehalt bedarf aber nicht einmal der Ausdrücklichkeit, er kann auch ein stillschweigender, versteckter sein (z. B. § 61 BGB. „zuständige Verwaltungsbehörde", § 193 „staatlich anerkannter allgemeiner Feiertag").

Die gangbarsten Formeln sind folgende. Fast immer wird im Abschnitt III des EG. die gleichmäßige Ausdrucksweise gewählt: „Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften" oder „werden nicht berührt". Nur sechs Artikel dieses Abschnitts (126, 141, 144 Satz 2, 145, 146, 148) bedienen sich — mit einer Schattierung übrigens im Sinn — des Ausdrucks: „die Landesgesetze können bestimmen" oder eines ähnlichen. Im Abschnitt IV von den Übergangsvorschriften werden Formeln der im Art. 3 bezeichneten Art nicht angewendet, vielmehr sind sie dort dem Zwecke der Übergangsbestimmungen mehr angepaßt; beispielsweise: „die bisherigen Vorschriften bleiben maßgebend" (Art. 170, 200, 202, 218), oder: „die Landesgesetze bleiben in Kraft" (Ar. 157, 164—167), oder: „die bisherigen Gesetze finden Anwendung" (Art. 191). Daneben aber auch ein wechselvoller Katalog ähnlicher Ausdrücke (Art. 158, 161 Abs. 3, 179, 217 usw.). — Im BGB. findet der Vorbehaltsausspruch häufig in einer einfachen Verweisung auf die Landesgesetze seinen Ausdruck (z. B. §§ 85, 1784).

Über die Tragweite und Wirkung dieser Wendungen s. unten § 5.

Mit der Form des Vorbehaltsausspruchs ist nicht zu verwechseln die Fassung der Vorbehalte selbst, die Form für die Bezeichnung und Umgrenzung der Vorbehaltsgebiete. Auch sie wechselt; beispielsweise: „Vorschriften, welche dem Deichrecht usw. angehören" (Art. 66, 67), oder: „welche betreffen" (Art 94 Satz 1), ... „regeln" (Art. 97, 101), oder: „Vorschriften über Lehen usw." (Art. 59, 62, 63). Aber ein gleichmäßiges Prinzip der Abgrenzung durchzieht die wechselnden Formen: der Gegenstand des Vorbehalts wird seinem Inhalte nach gekennzeichnet, nicht aber bestimmte einzelne Gesetze als vorbehalten herausgehoben. Es heißt also: Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über Lehen (Art. 59), oder diejenigen, welche dem Bergrecht angehören (Art. 67), oder nach welchen eine Religionsgesellschaft Rechtsfähigkeit nur im Wege der Gesetzgebung erlangen kann (Art. 84). Den anderen Weg zu beschreiten und die vorbehaltenen Gesetze der verschiedenen partikulären Rechte einzeln zu nennen, verbot sich schon deshalb, weil das Wesen des Vorbehalts im Gegensatze zu den Übergangsvorschriften gerade darin besteht, daß die Landesgesetzgebung auf dem vorbehaltenen Gebiete auch nach dem Inkrafttreten des BGB. neue Gesetze erlassen kann.

§ 4. Gegenstand und Einteilung der Vorbehalte.

I. Die Gründe für die Einführung der Vorbehalte lassen sich in der Hauptsache auf vier Erwägungen (s. auch die Mater. S. 58) zurückführen.

1. Für gewisse Gebiete waren die Vorarbeiten zur reichsgesetzlichen Regelung bis zum

1. Januar 1900 nicht zum Abschluß zu bringen; zu diesem provisorischen Landesprivatrecht gleichsam gehörten das Versicherungsrecht (Art. 75) und das Verlagsrecht (Art. 76).

2. Einzelne Normen des EG. sollen für besonders zweifelhafte Fälle die Kompetenzgrenze zwischen privatem und öffentlichem Recht feststellen (z. B. Art. 80, 81, 102—104).

3. Wegen des Zusammenhanges, in dem gewisse Materien mit staatlichen und politischen Einrichtungen, also mit dem öffentlichen Recht des einzelnen Bundesstaates stehen, sind gleichfalls eine Reihe von Vorbehalten gemacht (z. B. Art. 56—59, 82, 84—87, 132—135).

4. Die meisten und wichtigsten Vorbehalte beruhen auf der Erwägung, daß gewissen Materien oder gewissen einzelnen Verhältnissen soziale oder örtliche Besonderheiten eignen, die der gemeinsamen reichsrechtlichen Regelung widerstreben. Für diese weiten Vorbehaltsgebiete ist agrarisches Sonderrecht das kennzeichnendste Stichwort. Es ist, wie Sohm treffend hervorhebt, das Privatrecht des Bauern und Edelmanns, das bäuerlich-adelige Recht im Gegensatz zum Hauptkern des Reichsprivatrechts im BGB., das im wesentlichen ein Recht des Bürgers an sich — bürgerliches Recht —, ein Recht des geldwirtschaftlichen Verkehrs ist. Während das BGB. von Ständen nichts weiß, berücksichtigt sie das EG. Letzteres schützt das private Sonderrecht des Fürsten, des hohen Adels, des Edelmanns, des Bauern. Die besonderen, namentlich den Grundbesitz bindenden Rechtsverhältnisse werden geschont: die Familienfideikommisse, die Lehen, die Stammgüter, die Rentengüter, die Erbpacht, das Anerbenrecht. Die Regelung dieser Verhältnisse lag dem Reichsgesetzgeber zu fern und bietet ihm auch zur Zeit noch zu große Schwierigkeiten[1].

II. Im Anschluß an die Anordnung des EG. selbst bei Aufzählung der Vorbehalte unterscheidet man die Vorbehalte allgemeiner Natur, die sogenannten generellen (an erster Stelle in den Art. 59—76 geregelt), und die beschränkten, sogenannten speziellen (geregelt in den Art. 77—140). Das Einteilungsprinzip ist hergenommen aus der Weite oder Enge des vorbehaltenen Gebiets, je nachdem eine Materie ganz der landesrechtlichen Regelung überlassen ist oder nur in einem beschränkten Ausschnitte. Da es sich um Maß- und nicht um Artunterschiede handelt, ergibt sich eine Reihe Zwischenformen von den allgemeinsten Vorbehalten, die ganze Rechtsmaterien mit einem Schlagworte (Bergrecht Art. 67, Wasserrecht Art. 65) der Landesgesetzgebung zuweisen, bis zu den engsten, die den Erlaß oder die Ausschließung einer bestimmten Einzelvorschrift gestatten (Art. 144 Satz 2).

1. Um einen Überblick über Umfang und Gegenstand der mehr oder weniger generellen Vorbehalte aus den Art. 59—76 des EG. zu gewinnen, seien sie hier wenigstens durch ein Stichwort inhaltlich charakterisiert:

Die Art. 56—58 geben Vorbehalte zugunsten gewisser partikulärer Rechtsquellen: der Staatsverträge der Bundesstaaten (56), der Autonomie der souveränen und ihnen gleichgestellten Häuser (57), der Autonomie des hohen Adels in Ansehung seiner Familienverhältnisse und seiner Güter (58). Erst vom Art. 59 an charakterisieren sich die Vorbehalte ihrem Inhalte nach, gleichviel wem das betreffende Recht subjektiv zusteht. Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über Familienfideikommisse, Lehen und Stammgüter (59), Rentengüter (62), über das Erbpachtrecht (63), das Anerbenrecht in Ansehung land- wirtschaftlicher und forstwirtschaftlicher Grundstücke (64), das Wasserrecht (65), das Deich- und Sielrecht (66), das Bergrecht (67), über das Recht zur Gewinnung eines nicht bergrechtlichen Minerals (68), über Jagd und Fischerei (69), über gewisse Grundsätze für die Feststellung und den Ersatz des Wildschadens (70—72), über Regalien (73), Zwangsrechte, Bannrechte und Realgewerbeberechtigungen (74), über das Versicherungsrecht (75), das Verlagsrecht (76).

Sie enthalten, abgesehen namentlich von den Art. 67, 73, 75 und 76, in der Hauptsache agrarisches Sonderrecht.

Keine allgemeinen Vorbehalte sind in Beziehung auf das Militärrecht, das Verwaltungs-

[1] Aus diesem Gesichtspunkte sind dem Landesprivatrechte namentlich überwiesen die Rechtsverhältnisse der Art. 59 ff., 62 ff., 64—66, 69, 70, 83, 89, 96, 107, 113, 115 ff., 119, 122, 124, 130, 137.

recht, das Kirchenrecht, das Schulrecht, das Post- und Telegraphenrecht gemacht. Handelt es sich doch bei diesen Materien zumeist um öffentliches Recht. Zudem sind auch Post-, Telegraphen- und Militärrecht schon reichsrechtlich geordnet. Soweit in den jene Gebiete betreffenden Landesgesetzen privatrechtliche Normen enthalten sind, verlieren sie ihre Geltung (Art. 55) [1], es sei denn, daß sie durch einen der Vorbehalte des EG. (vgl. Art. 80, 84, 132, 133) oder des BGB. (vgl. §§ 25 ff.) gedeckt werden.

2. Die besonderen Vorbehalte sind in der Reihenfolge der Vorschriften des BGB. geordnet. Vorausgeschickt sind jedoch einige sich auf die Rechtsverhältnisse der Beamten beziehende Vorschriften (Art. 77—81) und den Schluß bilden einige das Verfahren betreffende Vorschriften (Art. 141—152).

Auf den allgemeinen Teil des BGB. beziehen sich die Art. 82—91, und zwar die Art. 82 bis 85 auf Vereine, Waldgenossenschaften und Religionsgesellschaften, die Art. 86—88 auf die Erwerbsbeschränkungen der juristischen Personen, Religiosen und Ausländer, Art. 89 auf das Pfändungsrecht.

Die Art. 92—108 betreffen das Recht der Schuldverhältnisse, insbesondere die Pfandleihanstalten (Art. 94), das Gesinderecht (Art. 95), die Altenteilsverträge (Art. 96), das Staatsschuldbuch (Art. 97) und die öffentlichen Sparkassen (Art. 99).

Die Art. 109—113 betreffen sachenrechtliche Verhältnisse, insbesondere die Enteignung (Art. 109), die Eigentumsbeschränkungen (Art. 110, 111), die Zusammenlegung von Grundstücken und Gemeinheitsteilung (Art. 113), die Ablösungsrenten (Art. 114), Dienstbarkeiten und Reallasten (Art. 115), die Verschuldungsgrenze (Art. 117), die Beschränkung der Veräußerung, Teilung und Vereinigung von Grundstücken (Art. 119), das Unschädlichkeitszeugnis (Art. 120), das Nachbarrecht (Art. 122—124), die nichtbuchungspflichtigen Grundstücke (Art. 127, 128), Kirchen- und Schulbaulast (Art. 132) und Kirchenstühle und Begräbnisstätten (Art. 133).

Auf das Familienrecht beziehen sich die Art. 134—136, und zwar der Art. 134 auf die religiöse Erziehung von Kindern, der Art. 135 auf die Zwangserziehung, der Art. 136 auf die Berufsvormundschaft.

Das Erbrecht haben die Art. 137—140 zum Gegenstande, insbesondere der Art. 137 die Berechnung des Ertragswerts, der Art. 138 das gesetzliche Erbrecht öffentlicher Körperschaften.

Auf das Verfahren beziehen sich die Art. 141—152. Sie ermächtigen insbesondere die Landesgesetzgebung, die Zuständigkeit der Gerichte und Notare zur Beurkundung von Rechtsgeschäften abweichend vom BGB. zu bestimmen (Art. 141—143), die Hinterlegung zu ordnen (Art. 144—146), das Vormundschaftsgericht durch andere Behörden zu ersetzen (Art. 147) und die Zuständigkeit des Nachlaßgerichts zu beschränken (Art. 148).

III. Mit dem Überblick zu II ist aber der stoffliche Umfang der Vorbehalte nicht erschöpft. Vielmehr treten dazu die zahlreichen, im BGB. erwähnten Vorbehalte (s. § 3 Anm. 3), dann aber vor allem das Übergangsrecht, welches auf Grund reichsgesetzlicher Ermächtigung dem Eingriffe der Landesgesetzgebung weithin Raum gibt. Das wichtigste Gebiet hier ist die Überleitung der Güterstände.

§ 5. Tragweite des Vorbehaltsausspruchs für die Landesgesetzgebungsgewalt.

Die Tragweite des Vorbehaltsausspruchs für die einzelstaatliche Gesetzgebungsgewalt ist im Art. 3 des EG. dahin bestimmt, daß, soweit in dem BGB. oder dem EG. die Regelung dem Landesrechte vorbehalten ist, die bestehenden landesgesetzlichen Vorschriften in Kraft bleiben und neue landesgesetzliche Vorschriften erlassen werden können. Eine Ausnahme macht der Art. 56. Er nimmt von dem Grundsatze, daß zufolge des Kodifikationsprinzips des Art. 55 auch die privatrechtlichen Bestimmungen, welche in einem von einem Bundesstaate geschlossenen Staatsvertrag enthalten sind, außer Kraft treten, die Bestimmungen derjenigen Staatsverträge aus, welche mit einem ausländischen Staate vor dem Inkrafttreten des

---

[1] Außer Wirksamkeit treten z. B. eherechtliche Vorschriften des partikulären Kirchenrechts, privatrechtliche Besonderheiten für Militärpersonen, etwa über Darlehen an sie (§§ 678—681 I 11 preuß. ALR.).

BGB. geschlossen worden sind. Seit diesem Zeitpunkte kann ein Bundesstaat Verträge privatrechtlichen Inhalts nur über Materien abschließen, die und soweit sie der Landesgesetzgebung vorbehalten sind.

Die im Art. 3 bezeichnete Wirkung des Vorbehaltsausspruchs, die sich nicht nur auf das materielle Privatrecht, sondern auch auf das Grundbuchwesen, die Zwangsversteigerung und die freiwillige Gerichtsbarkeit erstreckt (§ 2, § 3 I), tritt ein, gleichviel welche Wendung (s. oben § 3 II) gebraucht ist, ob nun der Vorbehalt auf die Vergangenheit („unberührt bleiben") oder auf die Zukunft („können erlassen werden") gerichtet erscheint. Für die Zukunft ist die Landesgesetzgebung auf den generellen Vorbehaltsgebieten vermöge des Art. 3 EG. souverän. Nicht nur hinsichtlich der Besonderheiten dieser Materien darf sie neue Vorschriften erlassen, sondern sie darf auch hinsichtlich der allgemeinen Vorschriften des BGB., ohne an eine Schranke gebunden zu sein, selbst einschneidende Abweichungen treffen, z. B. über die Formerfordernisse eines Rechtsgeschäfts, über Statthaftigkeit von Bedingungen oder Zeitbestimmungen, über den Irrtum, die Verjährung, über die das Grundbuchrecht regelnden Fragen [1]. Das Landesrecht kann auch neue dingliche Rechte einführen oder Rechtsinstituten, die das BGB. beseitigt hat, wie der unvordenklichen Verjährung, der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, für eine vorbehaltene Materie erneute Kraft geben [2].

Seinem Wortlaute nach bezieht sich der Art. 3 nicht auf die im vierten Abschnitt des EG. enthaltenen Übergangsbestimmungen. Denn das EG. gebraucht in ihnen für die Regel die Wendung „in Kraft bleiben". Der Art. 218 des EG. bestimmt aber in sachlicher Übereinstimmung mit dem Art. 3, daß, soweit die Landesgesetze nach den Vorschriften des vierten Abschnitts maßgebend bleiben, sie auch nach dem Inkrafttreten des BGB. durch Landesgesetz noch geändert werden können. Doch ist die Befugnis des Art. 218 enger, insofern sie sich nur auf die zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. bestehenden Rechtsverhältnisse bezieht. Nur soweit und solange für diese Rechtsverhältnisse nach den Vorschriften des vierten Abschnitts das bisherige Recht maßgebend bleibt, kann es durch die Landesgesetzgebung nach dem Inkrafttreten des BGB. geändert werden. Dagegen kann sie für jene Rechtsverhältnisse nicht in weiterem Umfange Vorschriften geben, als nach dem vierten Abschnitte das bisherige Recht maßgebend bleibt. Sie ist also, wenn das Reichsrecht ein Rechtsverhältnis einmal ergriffen hat, ausgeschaltet.

§ 6. Öffentliches und bürgerliches Recht.

I. Das Landesprivatrecht tritt nach Art. 55 außer Kraft, nicht also — dies ist hier der Gegensatz — das öffentliche Landesrecht. Für die Kompetenzregelung zwischen Reich und Einzelstaat ist daher die Abgrenzung des Privatrechts vom öffentlichen Rechte wichtig. Der Gesetzgeber hat (Mot. EG. S. 147) angesichts der großen Schwierigkeiten vermieden, den Begriff der öffentlich-rechtlichen Vorschriften zu umgrenzen, aber einzelne zweifelhafte Grenzfragen praktisch dadurch erledigt, daß entweder das BGB. ein auf der Grenze liegendes Verhältnis regelt, oder daß ein solches der Landesgesetzgebung überwiesen wird (z. B. Art. 80 EG. Ansprüche der Beamten, Geistlichen und Lehrer aus ihrem Dienstverhältnisse; Art. 104 Ansprüche auf Rückerstattung zu Unrecht erhobener öffentlicher Abgaben; Art. 106, 109 u. a.). Im ersteren Falle [3] hat das BGB. das Verhältnis gleichsam zu einem bürgerlichen umgemodelt, auch wenn es sonst als dem öffentlichen Rechte angehörend anzusehen wäre; es handelt sich

---

[1] Vgl. z. B. Art. 8, 69 § 2 des preuß. AG.

[2] Insofern kann davon gesprochen werden, es gelte das Reichsrecht dem künftigen Landesrecht, das eben die allgemeinen Grundsätze des Reichsrechts auf den Kopf stellen kann, subsidiär, während es dem vorhandenen Landesgesetz gegenüber in bezug auf die allgemeinen Grundsätze derogierende Kraft hat (s. unten § 14 ff.). „Der Parallelismus zwischen Fortgeltung des vorhandenen Landesrechts und künftiger Landesgesetzgebungsgewalt, wie ihn Art. 3 fordert, ist also nicht gewahrt" (Zitelmann, Zum Grenzstreit zwischen Reichs- und Landesrecht 1902 unter IV).

[3] So gehören an sich dem öffentlichen Rechte an die Vorschriften der §§ 43, 44 (Entziehung der Rechtsfähigkeit, wenn ein Verein das Gemeinwohl gefährdet), 89 (jur. Personen des öffentlichen Rechts), 795 (staatliche Genehmigung bei Inhaberschuldverschreibungen), 839 ff. (Schadensersatz wegen Verletzung der Amtspflicht).

gleichsam um tatsächliches Privatrecht ohne Rücksicht auf die begriffliche Zugehörigkeit. Soweit die Vorschriften des BGB. gehen, ist die Zuständigkeit der Landesgesetzgebung selbst für ergänzende Normen[1] ausgeschlossen, nur für ergänzende Verfahrensvorschriften gibt der § 200 FGG. Raum (s. § 2).

Trotz dieser praktischen Erleichterungen bleibt die Notwendigkeit einer Begriffsbestimmung bestehen. Die bisherigen Versuche weisen dem öffentlichen Recht die Normen zu, bei denen vorzugsweise und an erster Stelle das Staatswesen und das allgemeine Interesse in Betracht kommen. Dagegen gehören dem bürgerlichen Recht begrifflich die Normen an, welche vorzugsweise und an erster Stelle die den Personen als Privatpersonen zukommende rechtliche Stellung und die Verhältnisse, in denen die Personen als Privatpersonen zueinander stehen, also die Privatinteressen, zu regeln bestimmt sind (Mot. z. BGB. Bd. 1 S. 1).

Privatrecht ist somit nicht identisch mit Vermögensrecht, wie schon der Hinweis auf das Zoll- und Steuerrecht ergibt. Es umfaßt andrerseits, darüber hinausgreifend, die Familienstellung der Person und ihre Rechtsstellung in der Gesellschaft. Keineswegs ist die Beteiligung des Staates ein sicherer Maßstab dafür, daß ein öffentlich-rechtliches Verhältnis vorliegt z. B. bei Pachtverträgen des Staates, Gehaltsansprüchen gegen den Staat. Ebensowenig ist die Art der prozessualen Geltendmachung ein ausschlaggebendes Moment, wenn auch in der Regel die bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vor die ordentlichen Gerichte gehören[2]. Hiernach ist mit dem obigen Gesichtspunkt kein festes Kriterium gewonnen, vielmehr muß im einzelnen Falle, geleitet von dem erwähnten Prinzip, die Entscheidung nach geschichtlichen Tatsachen mit Rücksicht auf die Entwicklung der Verfassung des Einzelstaates erfolgen. Somit kann dieselbe Frage für die einzelnen Bundesstaaten auch verschieden beantwortet werden.

II. Für die Zweifelsfrage, ob ein Rechtsverhältnis dem öffentlichen oder privaten Rechte angehört, wird dort, wo das Reich im BGB. oder im EG. (s. oben zu I) ausdrücklich die Kompetenz geregelt hat, dieser Ausspruch allein maßgebend sein. Dieser Regelung darf nicht etwa ein Landesgesetz mit der Erklärung entgegentreten, das Reichsrecht habe die Grenzlinie falsch gezogen und ein dem öffentlichen Rechte angehörendes Institut zu Unrecht in seinen Machtbereich gezogen.

Hat aber das Reich keine Grenzregelung vorgenommen, so ist für die Vorbehaltsgebiete die Frage, ob eine Vorschrift öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Natur sei, nach Landesrecht zu beantworten. Die gleiche Kompetenz steht auch für die Gebiete, die nicht vorbehalten sind, der Landesgesetzgebung zu[3]; nur hat der Richter stets zu prüfen, ob das Landesgesetz in den Grenzen seiner Kompentenz geblieben ist. Hierbei wird selbst die Tatsache, daß eine Bestimmung in einem sogenannten Verfassungsgesetz steht, nicht immer von ausschlaggebender Bedeutung für ihren materiell öffentlich-rechtlichen Charakter sein.

III. Es gibt Normen, die zugleich öffentliche und privatrechtliche sind. Bei ihnen kann es vorkommen, daß sie als privatrechtliche außer Kraft treten, in Wirksamkeit aber bleiben als öffentlich-rechtliche. Dies ist namentlich für Preußen wichtig. Das preuß. AG. hat (Art. 89 Nr. 1) die Aufhebung der Vorschriften des ALR. nur ausgesprochen, „soweit sie sich nicht auf öffentliches Recht beziehen".

IV. Das öffentliche Recht setzt vielfach Begriffe des Privatrechts voraus und bedarf der Ergänzung aus diesem, wenn es z. B. von Geschäftsfähigkeit, Wohnsitz, Voll-, Minderjährigkeit, Verjährung spricht. Beim öffentlichen Rechte des Reichs ergibt sich die Ergänzung aus dem Reichsprivatrechte als notwendig, wenngleich eine ausdrückliche Bestimmung hierüber fehlt. Bei dem öffentlichen Rechte der einzelnen Bundesstaaten wird man eine ähnliche Ergänzung treffen dürfen, aber die Entscheidung ist Sache des partikulären öffentlichen Rechts, wie die Motive (EG. S. 64) hervorheben[4].

[1] Anderer Meinung Niedner Art. 55 Anm. II 1.

[2] Vgl. GerVerfGes. § 13. Nicht selten ist über öffentlich-rechtliche Ansprüche von den ordentlichen Zivilgerichten, z. B. über die Rückforderung von Stempelabgaben nach preuß. Recht, und über bürgerliches Recht, z. B. die religiöse Kindererziehung nach bayer. Recht, von den Verwaltungsgerichten zu entscheiden.

[3] Mit Unrecht — gegen die herrschende Meinung — bestritten von Endemann I § 16 Anm. 3.

[4] Abstand ist deshalb insbesondere davon genommen, die Vorschriften des BGB. über Verjährung von Schuldverhältnissen auf die Schuldverhältnisse für anwendbar zu erklären,

§ 7. Die Hauptaufgaben der bundesstaatlichen Ausführungsgesetze.

I. Bei dem umfassenden Gebiet und der Mannigfaltigkeit der Vorbehalte waren die Aufgaben keine geringen, die der Gesetzgebung der einzelnen Staaten bei der Einführung des BGB. erwachsen sind. Durchgängig zeigte sie sich von dem fortschreitenden Zuge zur Rechtseinheit belebt und durchweht von einem frischen Hauche gegen entbehrliche Sondertümelei. Diese partikulären Gesetzesarbeiten faßt man unter dem Namen der Ausführungsgesetze zusammen. Für unser Thema sind insbesondere maßgebend die Ausführungsgesetze zum Bürgerlichen Gesetzbuch; nur finden sich, wie festzuhalten ist, in ihnen auch Normen nicht privatrechtlichen Charakters, während andere Ausführungsgesetze, die sich z. B. betiteln als Ausführungsgesetze zur Grundbuchordnung, zum Zwangsversteigerungsgesetz usw. gleichfalls häufig eine Anzahl privatrechtlicher Bestimmungen des materiellen Rechts enthalten [1]. Die Aufgaben der partikulären Ausführungsgesetze sind im wesentlichen fünffache:

1. Die Anpassung der in Kraft gebliebenen Landesgesetze an das Reichsrecht. Hier gerade haben die Gesetzgeber der Bundesstaaten, soweit nicht zwingende Gründe für die Aufrechterhaltung der partikulären Eigentümlichkeiten vorlagen, keine engherzige Kirchturmpolitik betrieben, sondern den Grundgedanken des neuen bürgerlichen Rechts möglichst zum Siege verholfen.

2. Erlaß von Vorschriften zur Ausführung und Handhabung reichsgesetzlicher Bestimmungen, welche — in vielen Fällen — ohne das Landesrecht überhaupt nicht marschieren können. Beispielsweise können die grundbuchrechtlichen Vorschriften erst in Wirksamkeit treten, nachdem landesrechtlich Grundbuchämter eingesetzt und Grundbücher angelegt sind (Art. 186, 189 EG.).

3. Die Normierung von Überleitungsvorschriften für die unter der Herrschaft des früheren Rechts entstandenen Rechtsverhältnisse. Sie sind namentlich hinsichtlich der Rechtsverhältnisse an Grundstücken sowie vor allem hinsichtlich des Güterstandes der am 1. Januar 1900 bestehenden Ehen nötig gewesen. Die überwiegende Mehrzahl der Bundesstaaten hat sie in ihren sonstigen Ausführungsgesetzen an passenden Orten untergebracht. Dagegen hat Bayern ein besonderes Gesetz, betr. die Übergangsvorschriften zum BGB., vom 9. Juni 1899, und Sachsen-Meiningen, Bremen, Hamburg haben besondere Gesetze für die Überleitung der Güterstände erlassen.

Die größten Schwierigkeiten hat die Überleitung der Güterstände bereitet. Handelte es sich doch allein in Preußen um über sechzig verschiedene Güterrechte. Gerade hier war die Buntscheckigkeit in unserem Vaterlande eine unübersehbar große. Abgesehen von Württemberg (wegen Baden siehe unten II) und teilweise Lippe haben die übrigen Staaten in zum Teil geistvoll ersonnenen und geschickt durchgeführten Vorschriften eine Überleitung der mannigfaltigen bisherigen Güterstände in die vier Systeme des Bürgerlichen Gesetzbuchs vorgenommen [2].

---

welche öffentliche Lasten und Abgaben zum Gegenstande haben (Art. 104 EG.). Hier haben jedoch einzelne Bundesstaaten entsprechend eingegriffen, z. B. Preußen im AG. Art. 8 § 2.

[1] Eine vollständige Sammlung „der von den Bundesstaaten zur Ausführung des BGB. und seiner Nebengesetze erlassenen Gesetze und mit Gesetzeskraft versehenen Verordnungen" hat herausgegeben Dr. H. Becher (München 1901) in zwei Bänden; ein Ergänzungsband folgte 1911. Die Literatur zu den Landesausführungsgesetzen bis zum September 1901 verzeichnet und bespricht Endemann in der DJZ. 1901 S. 397 ff. Hervorzuheben sind folgende Werke: für Preußen: Kommentare z. AG. von Stranz-Gerhard, Müller-Crusen, Reimer-Böhlau; Bayern: Kommentare zum AG. von Henle-Schneider, Böhm-Klein, bayer. Landesprivatrecht von Örtmann; Sachsen: Landesprivatrecht von Kloß; Württemberg: Landesprivatrecht von Schneidler; Baden: Landesprivatrecht von Dorner und Seng, Kommentar zum AG. von Dorner; Hessen: Landesprivatrecht von Wolf, Kommentar zum AG. von Best; Mecklenburg: Landesprivatrecht von v. Buchka, AusfV. von Lengfeld; Oldenburg: Landesprivatrecht von Ruhstrat; Braunschweig: Privatrecht von Hampe; Thüringische Staaten: die AG. von Unger in Bl. f. Rechtspflege in Thüringen, Bd. 47 S. 22 ff., 215 ff.; Hamburg: Landesprivatrecht von Nöldeke; Elsaß-Lothringen: Landesprivatrecht von Kisch, Kommentar zum AG. von Molitor-Stieve; Waldeck-Pyrmont: Landesprivatrecht von Lange.

[2] Näheres unten § 12 Nr. 3; bei Planck Anm. III zu Art. 200 EG.; Habicht § 49 ff., Niedner 2. Aufl. S. 426 ff. mit einer genauen Tabelle; für Preußen: Stranz-Gerhard S. 264 ff.; für Bayern: Henle-Schneider S. 413 ff., 494 ff., 632 ff.

4. Die *Ausnutzung und der Ausbau* der im dritten Abschnitt des EG. oder sonst vorgesehenen Vorbehalte. Hierunter fällt die Mehrzahl der Vorschriften in den Ausführungsgesetzen. Sie sind meist geordnet in der Reihenfolge, in welcher der dritte Abschnitt des EG. die materiellen und speziellen Vorbehalte aufführt. Schon wegen Zeitmangels sind leider die meisten Ausführungsgesetze an dem Versuch, die generellen Vorbehaltsgebiete (Art. 59—76 EG.) durch umfassende Neuordnungen zu regeln, vorübergegangen und haben sich mit Anpassungsvorschriften oder einzelnen klärenden und bessernden Bestimmungen begnügt. Ausnahmen machen z. B. die Vorschriften über Gesinderecht in Bayern (AG. Art. 15 bis 31), Württemberg (Anlage zum AG.), Mecklenburg-Schwerin (Gesindeordnung vom 9. April 1899), über Nachbarrecht in Bayern (AG. Art. 62—80), über den Leibgedingsvertrag n Bayern (AG. Art. 32—48).

5. Die letzte, aber nicht die mindeste Aufgabe, *die Klärung und Feststellung des partikulären Normenbestandes*, hat einen wesentlich *formalen* Charakter. Die Rücksichten auf die Rechtssicherheit machten diese Feststellung zu einer dankenswerten Aufgabe. Die Feststellung konnte in zweifacher Weise erfolgen: entweder Aufzählung aller landesrechtlichen Privatrechtsnormen, die neben dem BGB. in Kraft blieben, oder Aufhebung der einzelnen Vorschriften des Landesrechts, die durch das BGB. außer Kraft treten.

Der erste Weg ist gar nicht gewählt worden. Mit Recht. War er doch zu umständlich, und barg er doch die Gefahr, den Landesgesetzgeber gegen seine Absicht in Konflikt mit dem Reichsgesetzgeber zu bringen; denn der Landesgesetzgeber kann die positive Gültigkeit seiner Anordnungen gegenüber dem Reichsrecht und der von diesem gezogenen Grenze niemals aussprechen. Dagegen bietet die zweite Methode große Vorzüge. Sie beseitigt Pyramiden gesetzlichen Schuttes, fördert die Übersichtlichkeit und erstickt im Keime eine Unmenge Streitfragen. Zwar sind die mit dem Reichsrecht in Widerspruch stehenden Landesgesetze schon *an sich* außer Kraft getreten, doch ist an der einzelstaatlichen Befugnis zur *ausdrücklichen* Aufhebung nicht zu zweifeln, da die Wirkung des Reichsrechts hiermit nicht angetastet wird. Alle Gründe der Zweckmäßigkeit und die Interessen des rechtsuchenden Publikums sprechen dafür, daß der Gesetzgeber diese Aufgabe, anstatt sie der Praxis oder Wissenschaft zu überlassen, auf seine Schultern nimmt [1].

Jene Aufhebung versteht sich mit zwei Einschränkungen. Sie erfolgt zunächst *unbeschadet der Übergangsvorschriften* aus dem Abschnitt 4 des EG., da deren Nichtaufhebung in ihrem Zwecke liegt. Diese Einschränkung ist auch von mehreren AG. ausdrücklich betont, so von dem preußischen (Art. 89), während andere, z. B. Bayern (Art. 175), Baden (Art. 39), sie als selbstverständlich nicht erst ausgedrückt haben. Dann aber ist die *positive Gültigkeit* der von der Aufhebung unberührt gelassenen Bestimmungen damit noch nicht ausgesprochen. Mögen sie nun absichtlich oder versehentlich vom Landesgesetzgeber nicht aufgehoben sein, dem Richter verbleibt Prüfungsrecht und -pflicht, ob sie gegenüber der Vorschrift des Art. 55 bestehen können.

In den Landesteilen endlich, in denen das Gemeine Recht galt, konnte selbst von den Staaten, welche die aufgehobenen Gesetze einzeln aufzählen, nicht in der gleichen Weise vorgegangen werden, weil es nicht kodifiziert ist. Indes ist daran nicht zu zweifeln, daß auch das Gemeine Recht durch Art. 55 in seinen privatrechtlichen Bestimmungen aufgehoben ist, soweit eben keine Vorbehalte schützend eintreten.

---

[1] Das Verfahren, die einzelnen Gesetze und Gesetzesteile aufzuheben, haben die *meisten* Bundesstaaten befolgt; z. B. Preußen (Art. 89 seines AG.); Bayern (Art. 1 und 175); Württemberg (Art. 283); Baden (Art. 39); Hessen (Art. 286); Mecklenburg-Schwerin (§ 392); Strelitz (§ 349). Einen abweichenden Weg schlägt das sächsische AG. (§ 53) ein, indem es die an sich vom BGB. aufgehobenen Bestimmungen nicht noch einmal formell aufhebt, vielmehr nur einzelne Bestimmungen des sächs. BGB. als aufgehoben bezeichnet, die an sich durch die Vorbehalte des EG. gedeckt sind; ähnlich Sachsen-Weimar (§ 249), Schwarzburg-Sondershausen (Art. 66, 67), Schwarzburg-Rudolstadt (Art. 197) und die beiden Reuß (§§ 156 bzw. 142). — Sachsen-Altenburg, Lippe, Waldeck und Hamburg enthalten sich überhaupt einer Bestimmung über die Aufhebung von Landesgesetzen.

II. Seit der Einführung des BGB. hat die Landesgesetzgebung nicht gerastet. Sie hat insbesondere vorbehaltene Rechtsmaterien weiter ausgebaut. So hat Preußen das Wasserrecht (Ges. vom 7. April 1913), Bayern das Fischereirecht (Ges. vom 15. Aug. 1908), das Wasserrecht (Ges. vom 23. März 1907) und das Privatpfändungsrecht (Ges. vom 6. März 1902), Sachsen das Recht der Familienanwartschaften (Ges. vom 15. Juni 1900), Württemberg den Leibgedingsvertrag (Ges. vom 2. Dez. 1904) geregelt. Ferner ist die Haftung des Staates für Beamte im größten Teile von Deutschland ausdrücklich anerkannt (z. B. Preußen Ges. vom 1. August 1909), die Fürsorge-(Zwangs-)erziehung in den Bundesstaaten, in denen bisher eine Regelung fehlte, geordnet (z. B. Bayern Ges. vom 10. Mai 1902, Sachsen Ges. vom 1. Februar 1909 und der Berufsvormundschaft der Boden geebnet worden (z. B. Bayern Ges. vom 23. Februar 1908, Württemberg Ges. vom 6. Juni 1912, Oldenburg Ges. vom 29. Dezember 1910). Auf dem Gebiete des Übergangsrechts ist namentlich zu erwähnen, daß Baden in dem Gesetz vom 4. August 1902 gleichfalls eine Überleitung des ehelichen Güterrechts unternommen hat. Diese Gesetze suchen zugleich möglichst die Rechtseinheit herbeizuführen. Natürlich wird durch sie die Rechtseinheit nur für das Gebiet des Bundesstaats erzielt. Aber da sie sich an das BGB. anschließen und die Fortentwicklung im modernen Geiste erfolgt, so gelangen inhaltlich gleiche Rechtsgrundsätze doch auch auf den vorbehaltenen Rechtsgebieten immer mehr zur allgemeinen Geltung. Dadurch wird zugleich der künftigen reichsrechtlichen Ordnung der betreffenden Vorbehaltsmaterie vorgearbeitet.

§ 8. Übergriffe bei dem Grenzstreit zwischen Reichs- und Landesprivatrecht.

Wie bei jedem Grenzstreit, sind auch hier Übergriffe nicht ausgeschlossen. Sie können vom Reich nicht ausgehen, denn wenn das Reich auf einem vorbehaltenen Rechtsgebiet eine Vorschrift trifft, wird eben damit der Vorbehalt von Reichswegen eingeschränkt. Dagegen werden Übergriffe seitens des Landesrechts — absichtliche sind ausgeschlossen — schwer vermeidlich sein, da die Grenze nicht immer zweifelsfrei ist. Die Untersuchungen gerade darüber, ob das Landesrecht die ihm zugewiesenen Schranken innegehalten hat, gehören zu den wichtigsten aus dem Verhältnis zwischen Reichs- und Landesrecht.

Die Anlässe zu Übergriffen sind mannigfaltig. Die Landesgesetzgebung reiht z. B. unter die vorbehaltene Materie Tatbestände ein, die nicht dazu gehören, oder legt den Begriff eines Vorbehalts falsch aus [1]. Oder sie irrt über den Umfang der ihr übertragenen Gewalt; derartige Kompetenzüberschreitungen werden einer Reihe von Ausführungsgesetzen in Ansehung der *Überleitung des Güterrechts* vorgeworfen [2]. Ob mit Recht, muß hier dahingestellt bleiben.

In allen Fällen der Kompetenzüberschreitung, mag Anlaß und Inhalt sein, welcher es wolle, untersteht das judicium finium regundorum *den Gerichten*. Gewiß ist auch eine staatsrechtliche Hilfe nicht ausgeschlossen. Der Bundesrat kann, da die vom Reich gewährleisteten Rechte in Frage stehen, auf eine entsprechende Änderung durch die Landesgesetzgebung selbst hinwirken, er kann auch in geeigneten Fällen auf Anrufen anderer Gliedstaaten, wenn die Rechte ihrer Angehörigen durch Übergriffe verletzt werden, auf Grund des Art. 76 der RV. einschreiten. Indes, dieser Apparat wäre nur für außergewöhnliche Fälle geeignet. Die Gerichte, insbesondere das Reichsgericht in letzter Instanz, haben in die Schranken zu treten. Sie prüfen und entscheiden über die Gültigkeit der Vorschrift und können durch kein Landesgesetz dieser Prüfung enthoben oder an ihr gehindert werden.

---

[1] Beispiele: Im Rahmen des Art. 115 EG. dürfen Landesgesetze den *Inhalt und das Maß* von Dienstbarkeiten und Reallasten *näher* bestimmen, nicht aber *andersartige* begründen. Der Art. 96 EG. (Leibgeding) erlaubt nur dispositive Vorschriften (vgl. RG. 54, 110); ebenso der Art. 18 EG. z. HGB. (Bierlieferungsverträge).

[2] Vgl. *Kahn*: Abhandlungen aus dem Internat. Privatrecht in *Iherings* Jahrb. 1901, S. 309 ff.; und unten § 12 Nr. 3.

Zweites Kapitel.

Einige allgemeine Lehren von den Rechtsnormen des Landesprivatrechts.

Den Gegenstand dieses Kapitels können selbstverständlich nicht *alle* allgemeinen Lehren über Wesen, Bildung, Arten, Anwendung, Geltungsgebiet des *Landesrechts im objektiven Sinne* bilden; in den Kreis dieser Erörterung können sie nur zum Teil und nur insoweit gezogen werden, als sie für das Verhältnis von Reichsprivatrecht zum Landesprivatrecht in Betracht kommen bzw. Besonderheiten für das Landesprivatrecht zeigen.

I. Die Rechtsquellen des Vorbehaltsrechts.

§ 9. Allgemeines.

Was Macht hat, objektives Recht zu schaffen, heißt *Rechtsquelle*. Diese Macht wechselt für Völker und Zeiten, ist auch nicht für alle Rechtszweige — das Staats-, das Straf- das Völker-, das Privat-, das Prozeßrecht — die gleiche. Für das *Reichsprivatrecht* werden von der herrschenden Doktrin als Rechtsquellen an erster Stelle Gesetze und Rechtsverordnungen, im minderen Maße Gewohnheiten, daneben, wenngleich bestritten, Gerichtsgebrauch und Rechtswissenschaft (beide mit Hilfe der Analogie) [1] betrachtet. *Wie weit erweisen sich nun diese für das allgemeine bürgerliche Recht bedeutsamen Quellen auch für das Landesprivatrecht ergiebig?*

1. Laut Art. 2 EG.

„Gesetz im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs und dieses Gesetzes ist jede Rechtsnorm"

in Verbindung mit Art. 55 ist das *Landesgesetz* als die Quelle des Vorbehaltsrechts bezeichnet: das Landesgesetz in dem von Art. 2 definierten *materiellen* Sinne, wonach es *jede Rechtsnorm* bedeutet, d. h. jede Satzung, die, abgesehen von Privilegien für Fälle bestimmter Art, als Regel dient und objektives Recht schafft, somit einen Rechtssatz aufstellt, gleichviel, ob dieser gebietender, verbietender oder nur berechtigender Natur ist (RG. 79, 155). Den Gegensatz bildet hier das Gesetz im formellen, technischen Sinne, d. h. diejenige Norm, die von den verfassungsmäßig befugten Gewalten im Wege der Gesetzgebung erlassen wird. Die hier für das BGB. und EG. gegebene umfassende, vom Inhalte ausgehende Begriffsbestimmung entspricht schon dem Standpunkte früherer Reichsgesetze (EG. zur ZPO. § 12, zur KO. § 2, zur StrPO. § 7). Hiernach ist der Inhalt entscheidend; ohne Belang aber, ob die Norm auf einem Gesetz im formellen Sinne beruht oder auf Verordnungen des Kaisers, der Landesherren oder zuständiger Behörden, ob auf Staatsverträgen oder autonomischen Satzungen, ob auf geschriebenen oder ungeschriebenen Quellen. Im gleichen Sinne ist der Ausdruck Gesetz für das *Landesprivatrecht* aufzufassen, auch in denjenigen Bundesstaaten, die eine ausdrückliche entsprechende Vorschrift nicht erlassen haben [2].

2. Fließen auch *an sich* alle obigen Rechtsquellen für das Landesprivatrecht, so hat doch der Einzelstaat — dies folgt aus der ihm gebliebenen Souveränität — die Entscheidung,

[1] Hier kann auf die Bedeutung von Wissenschaft und Gerichtsgebrauch als Rechtsquellen nicht näher eingegangen werden, weil sie im Rahmen des Landesrechts keine Eigentümlichkeit haben. Wer ihnen für das allgemeine Reichsprivatrecht über ihre Aufgabe hinaus, die Gedanken des geltenden Rechts zu entwickeln bzw. anzuwenden, rechtsschöpferischen Wert beimißt, der wird auch für das Rechtsleben der Einzelstaaten ihnen die gleiche Kraft vindizieren (s. auch RG. 24, 50). Selbst wenn sich entgegengesetzte partikuläre Vorschriften finden sollten, würden sie sich als machtlos erweisen. So bestimmte das preuß. ALR. Einl. § 6: „Auf die Meinungen der Rechtslehrer oder ältere Aussprüche der Richter soll bei künftigen Entscheidungen keine Rücksicht genommen werden." Diese Vorschrift ist aufgehoben durch das AG. Art. 89; sie war aber vor dieser Todeserklärung bereits längst gestorben.

[2] Dahingehende Vorschriften enthält z. B. das mecklenb. AG. § 1.

welche der Quellen er für die Bildung seines Vorbehaltsrechts anerkennen und welche Voraussetzungen er für die formelle Gültigkeit der von ihm anerkannten statuieren will.

Für Gesetz, Gewohnheit und Autonomie kommen wir auf die Erörterung dieser Fragen in besonderen Abschnitten (§§ 10, 11) zurück.

Von den Verordnungen (des Landesherrn oder zuständiger Behörden) kommen hier die Rechtsverordnungen, nicht die Verwaltungsverordnungen in Betracht. Wer Rechtsverordnungen, d. h. Verordnungen, die materielles Recht setzen, zu erlassen befugt ist, darüber entscheidet das Verfassungsrecht der Bundesstaaten. Für die große Mehrzahl folgt aus dem konstitutionellen Prinzip, daß Rechtsverordnungen nur zulässig sind auf Grund einer Delegation durch die Gesetzgebung [1]. Auch die Reichsgesetze übertragen mehrfach dem Landesherrn oder auch der Landesjustizverwaltung die Befugnis, Rechtsverordnungen zu erlassen [2]. Außerdem besteht in den meisten Staaten das Recht zum Erlaß sogenannter Notverordnungen, d. h. die Befugnis des Landesherrn, wenn dies die öffentliche Sicherheit oder ein ungewöhnlicher Notstand dringend erfordert, Rechtsverordnungen mit Gesetzeskraft, die freilich an gewisse Schranken geknüpft sind, zu erlassen (s. z. B. für Preußen Art. 63 der Verf.).

Die Staatsverträge bilden eine Rechtsquelle für das Landesprivatrecht, soweit sie sich auf dem Landesrechte vorbehaltene Gegenstände beziehen. Für die nicht vorbehaltenen bleiben sie nach Art. 56 EG. nur insoweit unberührt, als sie ein Bundesstaat mit einem ausländischen Staate vor dem 1. Januar 1900 (vgl. auch RG. 24, 13; 26, 118) geschlossen hat. Die Staatsverträge der einzelnen Bundesstaaten untereinander über nicht vorbehaltene Materien haben mit dem 1. Januar 1900 ihre Kraft verloren (s. § 5 und unten Anm. 4 zu § 12).

3. Die Eigenschaft von Rechtsnormen haben nicht die in Statuten, Reglements, Verwaltungsverordnungen, z. B. der Versicherungsgesellschaften, der Post, der Eisenbahnen oder anderer Verkehrsanstalten, veröffentlichten Vertragsnormen oder Verwaltungsvorschriften über die Bedingungen, welche für die mit ihnen vorgenommenen Geschäfte gelten sollen (leges contractus); ebensowenig die Satzungen eines rechtsfähigen Vereins oder einer Stiftung. Indes wird im Einzelfalle zu prüfen sein, ob seinerzeit die staatliche Bestätigung solcher Statuten und Reglements nicht eher als Akt gesetzgeberischer Sanktion, denn als Verwaltungsakt gedacht war. Aus dieser Erwägung werden z. B. mit Recht die Feuer-Sozietäts-Reglements für Berlin und Breslau vom Reichsgericht als Normen des objektiven Rechts angesehen (RG. 13, 215; 28, 300).

§ 10. Gesetze, Privilegien.

I. Gesetze.

1. Form, Verkündung. Die Landesgesetze — hier handelt es sich um sie in ihrem formellen Sinne, soweit sie materielles Privatrecht normieren, — erhalten ihre verbindliche Kraft gemäß den Bestimmungen des Landesrechts. Bestimmte Formen für die Gesetzgebung bildet erst der Verfassungsstaat aus [3]. Die Bundesstaaten, mit Ausnahme der beiden Mecklenburg, sind Verfassungsstaaten. Die gesetzgebende Gewalt wird, abgesehen von den drei Freien Hansastädten, gemeinschaftlich durch Fürst und Volksvertretung ausgeübt. Gesetze bedürfen, was die Form betrifft, der Unterzeichnung des Landesherrn und der Gegenzeichnung eines Ministers. Sie erhalten verbindliche Kraft (fast überall) durch ihre

---

[1] Das RG. 40, 70 verlangt für den gültigen Erlaß von Rechtsverordnungen durch den Bundesrat gleichfalls besondere reichsgesetzliche Delegation.

[2] Vgl. z. B. Art. 186, 188 EG.; Preuß. Kgl. Verordn. vom 13. Nov. 1899 und Preuß. JustMinVerf. vom 20. Nov. 1899 zur Ausf. der Grundb.Ordn.

[3] Die Form früher in der Zeit des Absolutismus war keine feste. Der Wille des Monarchen entschied frei auch über Gesetzgebungsakte und deren Form; er war auch nicht an Schriftlichkeit gebunden. Die Namen waren bunt: Gesetz, Verordnung, Patent, Edikt, Dekret, Reskript; auch Landtagsabschiede standen im 16. und 17. Jahrhundert den eigentlichen Gesetzen gleich und enthielten vielfach Privatrecht.

Verkündung mittels eines Gesetzblattes. Der Beginn der verbindlichen Kraft eines Gesetzes wird gleichfalls regelmäßig an den Ablauf einer Frist nach dem Tage der Ausgabe der betreffenden Nummer des Gesetzblattes geknüpft [1]. — Für Gesetze, die nicht von allgemeiner Bedeutung für das ganze Land sind, sondern sich, wie Provinzialgesetze oder Stadtrechte [2], auf einzelne Landesteile beschränken, genügt nach dem Staatsrecht der Einzelstaaten häufig auch die Verkündung durch andere Blätter als das Gesetzblatt, z. B. durch die Amtsblätter in Preußen, und es gilt ein kürzerer Anfangstermin für die Gültigkeit.

2. Als herrschender Grundsatz muß ferner das richterliche Prüfungsrecht hinsichtlich der Gültigkeit eines Gesetzes angenommen werden. Nicht nur die äußere Form (Aufnahme in die Gesetzessammlung, Unterschrift des Landesherrn, Gegenzeichnung des Ministers), sondern auch die sonstigen Bedingungen der Gültigkeit (geordnete verfassungsmäßige Zustimmung der Landesvertretung, Innehaltung der Schranken einer Notverordnung) hat der Richter für die Regel zu prüfen. Dieser Grundsatz gilt freilich dort nicht, wo die Verfassung der Einzelstaaten Ausnahmevorschriften, wie in Preußen (Art. 106), Oldenburg (§ 141), Waldeck (§ 94), kennt. Aber auch für diese Staaten unterliegt die Frage, ob eine Landesnorm mit Reichsgesetzen in Widerspruch stehe, der richterlichen Prüfung, da jene Verfassungsbestimmungen gegenüber dem Reichsrecht nicht aufkommen können.

3. Für die Auslegung der Landesgesetze können sich, abgesehen von den allgemeinen, durch die Wissenschaft entwickelten Prinzipien [3], doch noch Besonderheiten ergeben, die mit der geschichtlichen Entwicklung des Privatrechts in den Bundesstaaten zusammenhängen. Schwierigkeiten wird namentlich der Sprachgebrauch insofern machen, als die Ausdrucksweise in den Gesetzen vor dem 1. Januar 1900 selbstverständlich mit dem Sprachgebrauch des BGB. nicht identisch sein kann, während häufig bei verschiedenem Ausdruck die Begriffe gleichartige sein können. Was den Sprachgebrauch der Ausführungsgesetze betrifft, so darf mit Befriedigung betont werden, daß er überwiegend dem des BGB. und des EG., die ja auch für die äußere Einteilung des Gesetzstoffes fast überall vorbildlich waren, sich anschließt. Die Auslegungsgrundsätze für den Sprachgebrauch des Reichsrechts (vgl. Planck 4. Aufl. Bd. I S. XLV ff.) können daher auch für die AG. zur Verwertung gelangen. Wo die AG. einen Kunstausdruck anwenden, ist zu vermuten, daß er in der vom BGB. geprägten Bedeutung gebraucht ist. Die Anpassung an die Sprache und Ausdrucksweise des BGB. ist natürlich in den einzelnen Gesetzen eine ungleichmäßige und mitunter finden sich auch Abweichungen von dem Sprachgebrauch des Musters.

II. Privilegien.

Privilegien nennt man im Gegensatz zu den allgemein geltenden gesetzlichen Rechtsnormen staatliche Hoheitsakte, durch welche einer Klasse von Personen (priv. personae) oder von Rechtsverhältnissen (priv. rei und causae) oder einzelnen bestimmten Personen oder Rechtsverhältnissen Ausnahmerechte gewährt werden. Das BGB. hat über Privilegien keine Bestimmungen. Gleichheit des Rechts ist sein Prinzip. Auch ist auf den von seiner Kodifikation ergriffenen Rechtsgebieten für landesrechtliche Privilegien kein Raum, es müßte denn ausdrücklich eine reichsgesetzliche Ermächtigung hierzu erteilt sein (Mot. BGB. I S. 19). Die Bedeutung der Privilegien auch auf den Vorbehaltsgebieten ist in der Gegenwart, welcher die Gleichheit vor dem Gesetz als Grundprinzip der modernen Rechtsordnung gilt, nur noch eine eingeschränkte. Die Bedingungen für die Entstehung von Privilegien, insbesondere die Frage, wer zu ihrer Erteilung befugt ist, regelt, da dies Ausfluß des öffentlichen Rechts ist, die Landesgesetzgebung; sie bestimmt, ob die Verleihung durch einen Akt der Gesetzgebung

[1] Der Anfangstermin ist jetzt meist der vierzehnte Tag nach der Ausgabe, z. B. in Baden laut Art. 1 AG., in Preußen laut Ges. vom 16. Febr. 1874; in Braunschweig ist es der achte Tag laut Verordnung vom 5. Jan. 1814. Über die Kenntnispflicht publizierter Gesetze gilt für das Landesrecht nichts Abweichendes von den Grundsätzen des Reichsrechts (Dernburg BR. I § 25).

[2] Teilweise sind z. B. heute noch gültig die Stadtrechte von Braunschweig, von Wolfenbüttel, von Rostock usw.

[3] Zur Auslegung der Gesetze vgl. Kohler in Grünhuts Zeitschrift Bd. 13 Nr. 1. — Über die Bedeutung der Materialien für die Auslegung gilt für das Landesrecht nichts Abweichendes.

oder einen Erlaß des Landesherrn oder durch Verordnungen der Behörde erfolgt. Gemeinrechtlich war als Entstehungsgrund von Privilegien auch unvordenkliche Zeit anerkannt.

Für die Auslegung der Privilegien gelten die allgemeinen Grundsätze von der Gesetzesauslegung, aber mit der aus der gemeinrechtlichen Theorie gewonnenen Regel, daß sie tunlichst einengend zu interpretieren sind. Daher folgt an sich aus der Erteilung eines Privilegs nicht die monopolartige Ausschließlichkeit; das Privileg zur Anlegung einer Straßenbahn z. B. schließt an sich nicht die spätere Erteilung gleichartiger Ermächtigung an andere aus (ROH. 9, 388).

Die Erlöschungsgründe der Privilegien richten sich gleichfalls nach Landesrecht. Das Gemeine Recht nahm u. a. Verlust des Privilegs im Falle groben Mißbrauchs an. Auch gab es dem Staate das Recht, Privilegien aus Gründen des gemeinen Wohls aufzuheben, jedoch gegen Entschädigung des hierdurch Verletzten [1]. Da diese Rechtsgrundsätze begründeten allgemeinen Anschauungen entsprechen, wird sich ihre weitere Anwendung empfehlen.

§ 11. Autonomie und Gewohnheitsrecht.

Für zwei Quellen von Rechtsnormen, die Autonomie und das Gewohnheitsrecht, ist die Frage sehr umstritten, ob sie partikularrechtlich für die vorbehaltenen Gebiete in Wirksamkeit geblieben sind. Eine eingehendere Untersuchung führt zur Bejahung dieser Frage.

1. Autonomie nennt man „die Befugnis zum Erlaß von Rechtssatzungen für einen engeren Kreis als den Staat" (Windscheid-Kipp I § 19). Sie ist eine Quelle objektiven Rechts und unterscheidet sich auch da, wo ihre Satzungen der staatlichen Zulassung oder Bestätigung bedürfen [2], vom Gesetze, weil der Staat „die Rechtsnorm nicht feststellt, sondern ihr bloß Raum gibt" (Dernburg, BR. I § 20). Diese im Mittelalter reichste Quelle der Rechtsbildung ist gegenwärtig eingesickert, aber nicht gänzlich verloren.

Die Autonomie (die Hausverfassungen) der regierenden und gewisser früher souveränen Häuser schützt Art. 57 EG. für das gesamte Gebiet des Privatrechts; für jene Häuser kommt das BGB. sowie das EG. z. BGB. nur subsidiär, nur insoweit zur Anwendung, als nicht besondere Vorschriften der Hausverfassungen oder der Landesgesetze abweichende Bestimmungen enthalten [3]. Als Landesrecht ist dabei auch das Gemeine Deutsche Privatfürstenrecht zu erachten, soweit es landesrechtlich subsidiär für die landesherrliche Familie gilt. Hausverfassungen werden nicht bloß durch schriftliche Satzung (Familienverträge, Testamente) gebildet, sondern auch durch Observanzen (RG. 18, 201). Wo Hausverfassungen und Landesgesetze auf das gemeine bürgerliche Recht verweisen, ist nach allgemeinen Regeln (s. unten §§ 15 ff.) zu beurteilen, ob das jeweilig geltende Zivilrecht oder das zur Zeit des Erlasses jener Vorschrift zum Inhalt und Bestandteil des Sonderrechts gemacht ist. In letzterem Falle bleibt das damalige Zivilrecht auch dem BGB. gegenüber heute noch in Kraft, und zwar einschließlich des gemeinen deutschen Fürstenrechts, soweit dessen Normen anerkannt sind (RG. 26, 149). Die Autonomie steht den im Art. 57 gedachten Familien zu, unabhängig von dem Wohnsitz und der Staatsangehörigkeit ihrer Mitglieder (RG. 2, 149). Die Sonderstellung, welche den im Art. 57 Abs. 2 bezeichneten Familien eingeräumt ist, ist durch das Reichsgesetz vom 25. März 1904 auf das herzoglich holsteinsche Fürstenhaus ausgedehnt worden.

In beschränkterer Weise gewährleistet der Art. 58 dem mittelbaren hohen und dem ihm gleichgestellten Adel das Recht der autonomen Satzungen. Die Autonomie bezieht sich nur auf die Familienverhältnisse und die Güter der im Art. 58 bezeichneten Häuser, also nur auf das eheliche Güterrecht, die elterliche Gewalt und die Vormundschaft sowie auf die Zulässig-

[1] Ähnlich Einl. z. preuß. ALR. §§ 74, 75; das preuß. AG. Art. 89 hat diese Paragraphen nicht aufgehoben.

[2] Vgl. z. B. § 1 Abs. 2 des mecklenb. AG.

[3] Auch das gesamte Eherecht und Scheidungsrecht — soweit es im BGB. geregelt ist, also nicht soweit das Personenstandsgesetz maßgebend ist und dessen Vorbehalte (§ 72) nicht reichen, — untersteht nach wie vor der Autonomie der Fürstenhäuser; Scheidungsgründe also, die das BGB. nicht kennt, können zugelassen sein oder jederzeit neu zugelassen werden. In Ansehung des Scheidungsrechts wird dies mit Unrecht z. B. von Stölzel (DJZ. 1902 S. 84) bekämpft.

keit von Verfügungsbeschränkungen über Hausgut und von Bestimmungen, die von dem erbrechtlichen Vorschriften des BGB. abweichen. Dagegen fallen unter den Vorbehalt nicht die Vorschriften des BGB. über die Eheschließung und die Scheidung, auch nicht über die Volljährigkeit. Die Autonomie gilt ferner nur nach Maßgabe der Landesgesetze. Zwar ist in dem Art. 14 der deutschen Bundesakte vom 8. Juni 1815 den standesherrlichen Häusern die Autonomie uneingeschränkt zugesichert, allein die Bundesakte ist nur nach Maßgabe der Landesgesetze in Kraft getreten. Die Landesgesetze sind also befugt, die Autonomie zu beseitigen oder zu beschränken. Tatsächlich ist den standesherrlichen Häusern die Autonomie überall zugestanden, zumeist freilich mit gewissen Einschränkungen wie Vorlage der Hausverfassungen an den Landesherrn und Veröffentlichung durch die Landesbehörden.

Vorbehalten ist das Recht der Autonomie im Art. 58 den standesherrlichen Häusern, d. h. den Häusern, welche vormals reichsständisch waren und seit 1806 mittelbar geworden sind, oder welche diesen Häusern durch Beschluß der vormaligen deutschen Bundesversammlung oder durch Landesgesetz gleichgestellt worden sind, sowie dem vormaligen reichsunmittelbaren Adel, ferner — und damit geht der Art. 58 über die Bundesakte hinaus — den Familien des landsässigen Adels, welche durch Landesgesetz dem vormaligen Reichsadel gleichgestellt worden sind. Die Gleichstellung mit den standesherrlichen oder reichsunmittelbaren Familien kann durch das Landesrecht seit dem Inkrafttreten des BGB. nicht mehr verliehen werden.

Eine Sonderstellung nehmen nach dem Art. 216 des EG. noch gewisse ritterschaftliche Familien ein, insofern sie bei der Ordnung der Erbfolge in ihrem Nachlaß durch das Pflichtteilsrecht nicht beschränkt sind. Es handelt sich hier nur um eine Übergangsvorschrift, die hauptsächlich für gewisse preußische, insbesondere rheinische Adelsfamilien Bedeutung hat.

In vielen deutschen Landesrechten findet sich auch noch eine Autonomie der Gemeinden[1] und Kommunalverbände, der Kirchen und öffentlich-rechtlichen Körperschaften innerhalb gesetzlicher und beschränkter Kompetenzen. Soweit die Vorbehalte des EG. reichen, erstrecken sie sich auch auf die Autonomie (Art. 2). Im Bereiche der vorbehaltenen Materien wird daher die Befugnis jener Kreise zum Erlaß autonomischer Ordnungen innerhalb ihrer staatlich zugelassenen oder gar bestätigten Zuständigkeit in Zukunft ebensowenig geleugnet werden können wie bisher; dies auch die herrschende Ansicht[2]. Stets ist aber bei der Untersuchung, ob eine autonome Satzung vorliegt, das Moment festzuhalten, daß es sich um eine nach den Vorschriften des öffentlichen Rechts alle Beteiligten unmittelbar bindende Norm handeln muß, sonst liegt nur eine Lex contractus vor.

II. Partikuläres Gewohnheitsrecht ist für die Vorbehaltsgebiete, soweit es am 1. Januar 1900 bestand, in Kraft geblieben. In Zukunft ist neues sowohl mit abändernder als auch ergänzender Wirkung zuzulassen, selbst dann, wenn das bisher geltende Landesrecht (z. B. das rheinische und das preuß. ALR. §§ 3 und 4 Einl.) das Gewohnheitsrecht grundsätzlich ausgeschlossen hatte[3]. Anders selbstverständlich, wenn das Landesgesetz ausdrücklich Bestimmungen entweder aufrechterhält oder neu einführt, welche das Gewohnheitsrecht verbieten bzw. einschränken. Doch ist auch hier an die Machtlosigkeit solcher gesetzlichen Aussprüche zu erinnern[4], zumal die Vorbehalte gerade Materien betreffen, auf denen das Gewohnheitsrecht besonders reich floß, so Legalservituten, Wasser-, Wegerecht usw.

Gegenüber dem Reichsgesetz kann das partikuläre Gewohnheitsrecht, wenn nicht die Rechtseinheit Schiffbruch leiden soll, weder als widerstreitendes noch als ergänzendes auf-

[1] Die Städte Wismar und Rostock z. B. haben Autonomie.

[2] Für Preußen vgl. ALR. II 6 § 26 und die Entsch. des Ob.Trib. 75 S. 1 für Deichverbände; des RG. 23 S. 26 für Kirchengesellschaften, 31 S. 235 für Wassergenossenschaften, 38 S. 124 ff. für andere öffentliche Korporationen und für Knappschaftskassen, bei Gruchot, 31 S. 425 für Gemeinde- und Ortsstatuten.

[3] Dernburg (BR. I § 28) will — nicht zutreffend — dem Gewohnheitsrecht hier nur dieselbe Kraft beimessen, die es auch bisher nach Landesrecht hatte.

[4] Ausdrücklich zugelassen ist das partikuläre Gewohnheitsrecht z. B. in Mecklenburg (§ 1 Abs. 3 des AG.), in Bayern (Art. 1 Abs. 2). Nach bad. LR. war Gewohnheitsrecht nur insoweit Rechtsquelle, als das Gesetz selbst ausnahmsweise darauf verwiesen hatte. Dieser Satz ist mit dem Landrecht selbst in Wegfall gekommen; fortan ist somit die Frage auch in Baden der Wissenschaft und Praxis überlassen (Dorner, Anm. 2 c zu Art. 39 bad. AG.).

kommen. Dies folgt schon aus Art. 2 der RV.; auch dort wird man unter „Gesetz" jede Rechtsnorm, also auch die des Gewohnheitsrechts, einreihen. Reichsgesetze können freilich besonders auf die Berücksichtigung partikularen Gewohnheitsrechts hinweisen (z. B. § 72 Abs. 3 des Personstandsges. vom 6. Febr. 1875).

Der Begriff des Gewohnheitsrechts und die Voraussetzungen für dessen Geltung als Rechtsnorm bestimmen sich auch für das partikuläre nach den allgemeinen Lehren, die geschichtlich die juristische Wissenschaft im Anschluß an das Gemeine Recht entwickelt hat. Besondere partikuläre Bestimmungen bleiben aber daneben zu beachten.

Die sogenannten Usancen, Gewohnheiten, Gebräuche, Herkommen, uneigentliche Observanzen usw.[1], welche von der Verkehrssitte geschaffen werden (s. Staub, HGB., 9. Aufl. S. 7 ff.), sind kein Gewohnheitsrecht. Sie sind keine objektive Rechtsnorm, weil sie nicht von der Opinio necessitatis getragen werden, sondern bilden nur im Zweifel, weil sie im Verkehr bei gewissen Geschäften üblich sind, einen stillschweigenden Bestandteil der Parteiabrede, zu deren Auslegung und Ergänzung sie dienen. Sie haben daher, selbst wenn es sich um partikuläre Usancen handelt, gegenüber den dispositiven Normen sowohl das Reichs- als auch des Landesrechts Geltung, während partikuläres Gewohnheitsrecht gegenüber dem Reichsrecht keine Anwendung findet.

II. Der Geltungsbereich der partikulären Normen.

§ 12. A. Der örtliche Geltungsbereich der partikulären Normen.

1. Reichsrecht. Die räumlichen Herrschaftsgrenzen der Normen des BGB. in Kollisionsfällen mit dem ausländischen Rechte werden in den Art. 7—31 EG., die das sogenannte internationale Privatrecht zum Gegenstande haben, gezogen. Diese Vorschriften bilden indes kein zusammenhängendes Ganze, sondern nur einen Torso; zahlreiche und wichtige Fragen, ob und inwieweit Rechtsverhältnisse nach deutschem oder ausländischem Rechte zu beurteilen sind, haben keine Regelung gefunden. Die Vorschriften beschränken sich auf die personen- (Art. 7—10) und familienrechtliche Stellung (13—17: Ehe; 18, 19: eheliche Kinder; 20, 21: uneheliche Kinder; 22: Legitimation und Adoption; 23: Vormundschaft). Für das Vermögensrecht, insbesondere für das Sachenrecht und die Schuldverhältnisse, klafft eine große Lücke. Art. 11 bestimmt nur wegen der Form eines Rechtsgeschäfts, Art. 12 wegen der Ansprüche aus unerlaubten Handlungen. Die Art. 24—26 betreffen das Erbrecht. Einige allgemeine Grundsätze geben Art. 27, 28 (Rückverweisung), 29 (Heimatlose), 30 (Ausschluß ausländischen, gegen die guten Sitten oder den Zweck eines deutschen Gesetzes verstoßenden Gesetzes) und 31 (Vergeltungsrecht).

In den bei weiten meisten seiner Vorschriften hat das EG. einseitige Kollisionsnormen geschaffen, d. h. nur den Herrschaftsbereich der deutschen Gesetze bestimmt, die rechtliche Stellung der Ausländer und der Herrschaftsbereich der ausländischen Gesetze sind dagegen nur insoweit geregelt, als dies durch eine besondere Beziehung zum Inlande oder durch ein praktisches Bedürfnis geboten erschien. Vollkommene Kollisionsnormen, d. h. solche, welche das für ein Rechtsverhältnis maßgebende Recht ohne Einschränkung umfassend regeln, sind nur in wenigen Vorschriften (z. B. Art. 7 Abs. 1, Art. 17 Abs. 1, Art. 21) getroffen.

2. Landesrecht. Verwickelter gestalten sich die Fragen der örtlichen Kollision auf den dem Landesrecht vorbehaltenen Gebieten. Denn hier kommt in Betracht das Verhältnis des Landesrechts zunächst zu ausländischem (nichtdeutschem) Recht, dann aber auch zum Recht anderer deutschen Bundesstaaten (zwischenbundesstaatliches Privatrecht) und das Verhältnis verschiedener Privatrechte innerhalb eines und desselben Staates zueinander (interlokales Privatrecht)[2]. Hier sind zwei Antworten möglich und auch

[1] Im BGB. selbst wird häufig auf Gebräuche und Verkehrssitten hingewiesen (§ 119 Abs. 2; §§ 151, 157, 242). Im Vorbehaltsrecht spielen die Observanzen eine erhebliche Rolle (s. z. B. Art. 15 des preuß. AG. beim Leibgedingsvertrag).

[2] Man denke daran, daß französisches, gemeines und ALR. früher in Preußen nebeneinander gegolten haben; daß ferner gerade auf den Vorbehaltsgebieten (Agrarrecht, Anerbenrecht, Fidei-

gegeben worden. Nach der einen bleiben die Vorschriften des bisherigen internationalen Privatrechts der einzelnen Bundesstaaten fortbestehen. Nach der anderen, auch von uns vertretenen Auffassung gelten für die örtliche Kollision auf den Vorbehaltsgebieten die aus dem BGB. und dem EG. (Art. 7—31) und, soweit hier Lücken vorhanden sind — und sie sind in weitestem Umfange vorhanden (s. zu 1) —, aus den allgemeinen Prinzipien herzuleitenden Grundsätze. Jene allgemeinen Prinzipien werden nur selten aus einer analogen Anwendung der Normen des EG.[1] zu entwickeln sein, denn diese enthalten meist Sondervorschriften, die für den Einzelfall, meist in Begünstigung deutscher Interessen, gegeben sind und einer Verallgemeinerung widerstreben. Vielmehr sind die Lücken für die Regel durch die aus der Natur der Rechtsverhältnisse abzuleitenden allgemeinen Prinzipien zu ergänzen, im Anschluß an die bisher durch Wissenschaft und Gerichtsgebrauch gewonnenen Ergebnisse[2].

Die Beantwortung der Frage nach dem Fortbestehen der bisherigen Vorschriften des einzelnen Bundesstaats über das internationale Privatrecht hängt im wesentlichen davon ab, ob sie als öffentliche oder als privatrechtliche angesehen werden. Im ersteren Falle bleiben sie unberührt, im letzteren unterliegen sie dem Aufhebungsprinzip des Art. 55. Die örtlichen Kollisionsnormen dürfen aber mit Fug als privatrechtliche bezeichnet werden. Ihr Inhalt stempelt sie dazu, denn sie wollen den Herrschaftsbereich der materiellen privaten Rechtsnormen bestimmen. Ausschlaggebend ist aber jedenfalls, daß der Reichsgesetzgeber die Normen zu den privatrechtlichen rechnet, sonst hätte ihre Regelung außerhalb seiner Zuständigkeit gelegen[3].

Die obige Regel erfährt indes Einschränkungen:

a) Das Landesrecht kann von den Prinzipien sowohl des Reichsrechts wie auch der Wissenschaft und Praxis abweichende Normen in Zukunft für die Vorbehaltsgebiete aufstellen; dies folgt aus den allgemeinen oben (§ 8) entwickelten Grundsätzen[4].

b) Die bisherigen örtlichen Kollisionsnormen der Landesrechte gelten fort, soweit sie einen Bestandteil, ein wahres Sonderrecht einer einzelnen Vorbehaltsmaterie bilden, soweit eine sogenannte unechte Verweisung (s. § 18) vorliegt. Bei echter Verweisung (s. § 17) greift gemäß Art. 4 EG. die obige Regel ein.

c) Für vorbehaltene Rechtsgebiete kann das Landesrecht abweichende Kollisionsnormen auch durch einen Staatsvertrag schaffen. Überdies bleiben auch für nicht vorbehaltene Rechtsgebiete nach EG. Art. 56 unberührt die Bestimmungen der Staatsverträge, die ein Bundesstaat mit

---

kommisse) in den einzelnen Provinzen und Bezirken der Bundesstaaten teils infolge geschichtlicher Entwicklung (Annexion), teils infolge absichtlicher legislatorischer Gestaltung verschiedene Rechte nebeneinander gelten; daß endlich gerade für die Übergangszeit noch eine Reihe von verschiedenen Rechten, so z. B. von verschiedenen Güterrechten, innerhalb desselben Staatsgebietes Geltung beansprucht.

[1] Der Grundsatz des Art. 11 EG. wird ohne weiteres entsprechend auf die landesrechtlichen Kollisionsfälle anwendbar sein (so auch RG. 79, 80).

[2] Vgl. Dernburg, BR. I § 35. — So wird Art. 12 EG. nicht auf Fälle analog auszudehnen sein, wo wegen eines Delikts aus einer Vorbehaltsmaterie nicht am Gerichtsorte der begangenen Tat, sondern in einem anderen Bundesstaate, und zwar dem Heimatsstaat des Täters, Anklage erhoben wird (Zitelmann).

[3] Auf dem diesseitigen Standpunkte stehen auch fast durchgängig, soweit sie sich bei Erlaß der AG. darüber ausgesprochen haben, die einzelstaatlichen Gesetzgeber. So hebt Preußen die §§ 22—45 der Einl. ALR., in denen die örtliche Kollision geregelt war, noch ausdrücklich auf, und in der Begründung wird erklärt, es bedeute dies, daß die allgemeinen Vorschriften des ALR. über die örtliche Kollision auch für die vorbehaltenen Gebiete durch die allgemeinen Grundsätze des Reichsrechts ersetzt werden. „Wie die letzteren der Wissenschaft und Praxis ein weites Feld lassen, kann diesen auch die Lösung der Zweifel für das Landesrecht vorbehalten bleiben." — Baden bestimmt in Art. 2 seines AG.: „Die Art. 7—30 des EG. z. BGB. finden auf badische Landesgesetze privatrechtlichen Inhalts entsprechende Anwendung." Aus den Motiven ergibt sich, daß im übrigen die allgemeinen Grundsätze aus Wissenschaft und Praxis herzuleiten seien (Dorner, S. 13 ff.). — Für Mecklenburg ebenso Langfeld S. 16.

[4] So steht z. B. nichts im Wege, daß ein Bundesstaat die ihm nach Art. 134 vorbehaltenen Vorschriften über die religiöse Erziehung der Kinder, abweichend von dem der Bestimmung des Art. 19 zugrunde liegenden Prinzip der Staatsangehörigkeit, auf alle Kinder für anwendbar erklärt, die in seinem Gebiet ihren Wohnsitz haben (vgl. bayerisches oberstes Landesgericht Entsch. Slg. 13 S. 178).

einem ausländischen (nichtdeutschen) Staate vor dem 1. Januar 1900 geschlossen hat, also auch soweit sie etwa internationales Privatrecht enthalten [1].

3. Wie für den Güterstand einer am 1. Januar 1900 bestehenden Ehe die bisherigen Gesetze überhaupt maßgebend bleiben (Art. 200), so bleiben auch die bisherigen landesrechtlichen Kollisionsnormen für die örtlichen Grenzen der eherechtlichen Überleitungsvorschriften maßgebend. Die meisten Bundesstaaten haben die örtlichen Grenzen ihrer Überleitungsvorschriften besonders geregelt, im wesentlichen in folgender Weise:

a) Ehen mit ausländischem Güterstand fallen nicht unter die Überleitung (so auch Preußen, vgl. Stranz-Gerhard S. 268 Anm. 16).

b) Hinsichtlich der bundesstaatlichen Güterstände ist die Stellung eine verschiedene.

α) Die Mehrzahl der Landesgesetze treffen die Überleitung für die Güterstände ihres eigenen Rechts, also für Ehen, deren Güterstand nach dem ersten Ehewohnsitz von dem betreffenden Landesrecht ergriffen wird, ohne Rücksicht darauf, wo die Ehegatten ihren Wohnsitz nachher haben (so Sachsen, Baden Ges. vom 4. Aug. 1902 —, Oldenburg, S.-Altenburg, S.-Koburg-Gotha, S.-Meiningen und die Hansastädte).

β) Eine Anzahl Bundesstaaten erstreckt und beschränkt die Überleitung auf alle in ihrem Territorium bestehenden Ehen, also auf die Ehen von Personen, die ihren Wohnsitz am 1. Januar 1900 in dem betreffenden Staate haben oder später dorthin verlegen, gleichviel, wo das erste Domizil der Ehegatten war, und gleichviel, welche bundesstaatliche Angehörigkeit die Ehegatten haben (so Preußen, Bayern, Hessen, Weimar, Waldeck, Pyrmont, Elsaß-Lothringen).

γ) Die beiden Mecklenburg, in denen die Wandelbarkeit des ehelichen Güterrechts galt, leiten für die Regel alle in Mecklenburg domizilierten Güterstände, gleichviel welchem Rechte sie angehören, in das gesetzliche Güterrecht des BGB. über (§ 209 des schwer., § 207 des strel. AG.).

δ) Württemberg hat grundsätzlich, Lippe teilweise von einer Überleitung Abstand genommen.

Es bedarf keiner weiteren Ausführung, daß bei diesem Rechtszustande sich Konflikte ergeben können.

§ 13. B. Der zeitliche Geltungsbereich der Normen [2].

1. Für das zeitliche Herrschaftsgebiet der partikulären Normen in den Vorbehaltsmaterien greifen entsprechende Grundsätze Platz, wie sie für die örtliche Kollision im vorigen Paragraphen dargelegt sind. Die Frage der zeitlichen Kollision, d. h. wie weit neue Gesetze auf die vor ihrem Inkrafttreten entstandenen Rechtsverhältnisse einwirken, hat wie für das Reichs-, so auch für das Landesprivatrecht zunächst eine allgemeine Bedeutung bezüglich neuer zukünftiger Gesetze, tritt aber in der jetzigen Epoche der Einwirkung des BGB. und seiner Nebengesetze besonders hervor [3]. Das Prinzip ist auch hier: die reichsrechtlichen Regeln sind sinngemäß anzuwenden. Dies entspricht der herrschenden Auffassung. Habicht (§ 4 III) freilich will — wenigstens für die jetzige Übergangszeit, die er a. a. O. nur im Auge hat, — die partikulären Fragen der zeitlichen Kollision nur aus den Ausführungs-

[1] Die Zahl dieser Staatsverträge ist nur eine geringe; es kommen etwa in Betracht: Vertrag Preußens mit Dänemark vom 1. Juli 1818 hinsichtlich des Erwerbs von Grundstücken, Übereinkunft Bayerns mit Österreich vom 10. Mai 1808 über die freie Benutzung von Familienstiftungen usw.; Freizügigkeitserklärung zwischen Bayern und den Vereinigten Staaten vom 13. Nov. 1845; Staatsvertrag Badens mit Frankreich vom 16. April 1846 usw. (vgl. Riedner Art. 56 Anm. 6). Ein nicht unwichtiger Vertrag (zwischen Bayern und Schweden vom 2. Okt. 1845 über die gegenseitige Freizügigkeit im Erwerbe von Grundstücken) ist durch den Handelsvertrag des Reichs mit Schweden vom 8. Mai 1906 aufgehoben worden.

[2] Affolter: Das intertemporale Privatrecht (Leipzig 1901).

[3] Vgl. hierüber Habicht: Die Einwirkung des BGB. auf zuvor entstandene Verhältnisse, III. Aufl. 1901.

gesetzen selbst lösen; für sie seien weder unmittelbar die Vorschriften des EG. z. BGB. noch auch die Grundsätze des bisherigen Landesrechts anzuwenden. Übereinstimmung herrscht somit in der Ablehnung sowohl der bisherigen partikulären Kollisionsnormen als auch einer unmittelbaren Anwendung der Vorschriften des EG. Indes das Landesrecht kann überhaupt nicht, und daher auch nicht seine Ausführungsgesetze, der Ausgangspunkt für die Beurteilung der Fragen über den zeitlichen Widerstreit der Gesetze sein. Vielmehr kann nur, da auch die zeitlichen Kollisionsnormen der Einzelstaaten als Privatrecht durch den Art. 55 außer Kraft getreten sind, das Reichsrecht den Ausgangspunkt bilden. Reichsrecht bedeutet aber nicht etwa die Vorschriften des EG., sondern parallel den bei der Lehre von der räumlichen Kollision (§ 12) gemachten Ausführungen auch hier: die aus dem BGB. und dem EG. (vierter Abschnitt) und, soweit hier Lücken vorhanden sind, aus den allgemeinen Prinzipien durch Wissenschaft und Praxis hergeleiteten und herzuleitenden Grundsätze. Wie dort, gilt auch hier die Maßgabe, daß das Landesrecht auf den Vorbehaltsgebieten jederzeit durch besondere Bestimmungen Abweichendes verfügen darf [1]. Soweit man aus den Materialien und den ausgesprochenen Absichten bei Erlaß der AG. einen Schluß zu ziehen befugt ist, darf auch gesagt werden, daß die einzelstaatlichen Gesetzgeber den diesseits vertretenen Standpunkt teilen [2].

2. Da die reichsrechtlichen Regeln sinngemäß anzuwenden sind, so müssen sie hier, freilich nur im knappsten Umriß, skizziert werden, soweit sie für das Verständnis des Vorbehaltsrechts wesentlich sind. Ein ausdrücklicher prinzipieller Ausspruch für die Lösung des zeitlichen Widerstreits fehlt. Die Motive zum BGB. (I S. 19) fassen die herrschenden Grundgedanken dahin zusammen. Als Hauptsatz gilt: neue Gesetze haben keine rückwirkende Kraft; erworbene Rechte bleiben von ihnen unberührt. Indes kann das Gesetz Ausnahmen statuieren: das Verbot der Rückwirkung ist zwar „eine sittlich vernünftige Anforderung an den Gesetzgeber, aber keine Rechtsschranke seiner Machtvollkommenheit". Die Ausnahmen können entweder ausdrückliche sein, oder die Auslegung kann ergeben, das Gesetz wolle die Rückwirkung. Insbesondere können politische, soziale, wirtschaftliche, ethische Rücksichten dazu führen, einem Rechtssatze Anwendbarkeit zurück in die Vergangenheit zu geben; ohne einen besonderen Ausspruch aber nur dann, wenn für das neue Gesetz jene Rücksichten so schwerwiegende waren, daß es einen Widerspruch mit ihnen als grob unsittlich oder sozialgefährlich empfindet [3].

In dem besonderen Falle nun der Einwirkung des BGB. und seiner Nebengesetze auf die früheren Rechtsverhältnisse ist zunächst die Frage, ob und inwieweit altes oder neues Recht zur Anwendung gelangt, nach neuem Recht zu beurteilen. Die diesbezüglichen Grundsätze der früheren Partikularrechte sind aufgehoben (Art. 55). Das EG., das von allgemeinen Regeln absieht, hat ausführliche Einzelvorschriften gegeben in den 66 Artikeln des „Vierten Abschnitts" (Art. 153—218). Hat auch den Reichsgesetzgeber hierbei das Prinzip der Nichtrückwirkung vorzugsweise geleitet, so erheischte doch die Idee der umfassenden Kodifikation des bürgerlichen Rechts an vielen Punkten ein Eingreifen in schon bestehende Rechtsverhältnisse und ihre Unterwerfung unter den neuen Herrn, wenn man nicht auf Jahr-

[1] In fast allen Bundesstaaten sind auch für die jetzige, durch die Einwirkung des BGB. beherrschte Übergangsepoche bei den verschiedensten Rechtsverhältnissen zeitliche Kollisionsnormen ausdrücklich gegeben, z. B. im preuß. AG. Art. 8 § 2, Art. 14 § 2 Abs. 2; im sächs. AG. § 2 Abs. 2; württemb. Gesindeordnung Art. 32 Abs. 2; vor allem aber in den Übergangsvorschriften für das Güterrecht. Bayern hat die Überleitungsvorschriften in einem besonderen Gesetz erlassen.

[2] So hat das preuß. AG. die §§ 14—17, 19 der Einl. des ALR. und den Art. 2 Code civil mit ihren Regeln über die zeitliche Herrschaft der Gesetze im Art. 89 aufgehoben. Die Begründung weist darauf hin, daß die reichsrechtlichen Grundsätze, und besonders auch die des EG., auf den vorbehaltenen Gebieten entsprechend zu verwerten seien, wenn nicht Sonderbestimmungen eingreifen. — Meiningen schreibt im Art. 31 § 7 vor: „Die Übergangsbestimmungen des EG. z. BGB. finden auf die Vorschriften des gegenwärtigen Gesetzes entsprechende Anwendung." Endlich wird das grundlegende reichsrechtliche Prinzip der Rückwirkung (vgl. Näheres zu 2) verschiedenfach in Einzelbestimmungen der Gesetze zum wörtlichen Ausdruck gebracht, z. B. im preuß. AG. Art. 71 § 2, im sächs. § 1 Abs. 2. Da auch Habicht dies Prinzip, wo ausdrückliche Bestimmungen fehlen, als Regel für die Ausführunggesetze annimmt, nähern sich seine und unsere Auffassung im praktischen Endergebnis trotz des verschiedenen Ausgangspunktes.

[3] Hiermit wesentlich im Einklang das RG. 40, 314; 42, 100; 44, 59; JW. 01, 1.

zehnte hinaus die Einheitlichkeit opfern und verwirrende Zustände bestehen lassen wollte. So erklären sich die Einzelvorschriften des EG. Im allgemeinen werden erworbene Rechte geschützt; kommt aber in den neuen Bestimmungen nur eine neue rechtliche Prägung und Gestaltung zum Ausdruck, so werden sie auf die alten Rechtsverhältnisse angewendet.

Die Grundsätze, die diesen Einzelvorschriften zugrunde liegen, wird man nicht unmittelbar, aber analog, wie schon ausgeführt, auch auf das Vorbehaltsrecht anzuwenden haben. Beispielsweise ist der Grundsatz der Nichtrückwirkung bezüglich der Schuldverhältnisse im Art. 170 anerkannt. Nichts spricht gegen eine sinngemäße Anwendung dieses Satzes auch auf die Schuldverhältnisse in den Vorbehaltsgebieten. Auf den Inhalt des bestehenden Eigentums sollen nach Art. 181, auf ein bestehendes Besitzverhältnis nach Art. 180 vom 1. Januar 1901 an die Vorschriften des BGB. Anwendung finden. Die auf dem Gebiete des Vorbehaltsrechts bestehenden Eigentums- und Besitzverhältnisse werden sich demgemäß mangels Sonderbestimmungen gleichfalls entsprechend modeln.

Drittes Kapitel.

Wirkung des Vorbehalts in bezug auf die „Allgemeinen Vorschriften".

§ 14. Allgemeine Vorschriften.

Das Landesrecht ist, wie oben (§ 8) dargelegt wurde, auf den generellen Vorbehaltsgebieten auch bezüglich der sogenannten allgemeinen Vorschriften, die eine vorbehaltene Materie umfaßt, souverän. Die Landesgesetzgebung darf also auch insoweit beliebige Abweichungen vom Reichsrechte treffen und, soweit es bei zukünftigen Regelungen schweigt, ist die Ergänzung aus dem Reichsrechte zu treffen, schon weil dies als gewollt anzunehmen ist.

Für das Landesrecht aber, das für Vorbehaltsgebiete schon am 1. Januar 1900 bestanden hat, wirft sich die Frage auf, wie sich zum ihm die allgemeinen Vorschriften des BGB. verhalten, ob die allgemeinen Vorschriften des bisherigen Rechtes mit vorbehalten sind, und ob, wenn das bisherige Recht allgemeine Vorschriften nicht oder nicht erschöpfend enthält, die Ergänzung aus dem Reichs- oder dem Landesrechte zu entnehmen ist.

Die maßgebenden Grundsätze sind im nachstehenden zunächst für die generellen Vorbehalte entwickelt. Die Ausführungen gelten entsprechend aber auch für die speziellen Vorbehalte.

Vorher jedoch ist es nötig, die „Allgemeinen Vorschriften" begrifflich im Gegensatz zu den besonderen zu umgrenzen. Im Anschluß an die herrschende Theorie hat das BGB. seine Systematik eingerichtet und den vier Sonderrechtsteilen einen „Allgemeinen Teil" vorausgeschickt, der im wesentlichen die gemeinsame Voraussetzung und Ergänzung zu ihnen bildet. Sonderrechtsteil ist ein Inbegriff von Rechtssätzen für eine „besondere Lebenssphäre" (Gierke DPr. I S. 43). Auch innerhalb der Sonderteile wird hin und wieder ein Kreis von Vorschriften als „Allgemeine" den anderen vorangestellt, z. B. beim Kauf (§§ 433—458), beim Grundstücksrecht (§§ 873—902), beim Güterrecht (§§ 1363—1372 und 1432—1436) usw. Auch der erste Abschnitt des EG. trägt die Bezeichnung: „Allgemeine Vorschriften" [1]. So viel ist klar: das Reichsrecht stellt „allgemeine" und „besondere" Vorschriften in Gegensatz. Da indes aus Gründen der Gesetzestechnik die „allgemeinen" häufig in die Sonderteile hineinreichen und die „besonderen" unter die „allgemeinen" geraten sind, muß der Begriff, wenn er sich auch an die Systematik des BGB. und des EG. anlehnt, selbständig gefunden werden.

„Allgemeine Vorschriften" sind diejenigen, die für mehrere Anwendungsgebiete aus einheitlichen Gründen übereinstimmend geschaffen sind [2]. Als besonders charakteristische, wenngleich nicht immer entscheidende Merkmale einer Allgemeinvorschrift kommen in Betracht,

[1] Den Ausdruck „Allgemeine Vorschriften der Landesgesetze" enthält das EG. Art. 151 und nur dort.

[2] Beispiele „Allgemeiner Vorschriften" s. §§ 5 und 15 II; Näheres Zitelmann a. a. O. III.

daß sie als ein abstrakter Satz ohne Rücksicht auf konkrete Anwendungsfälle aufgestellt ist, und daß diese Fälle nicht von vornherein übersehbar sind. Der Charakter der besonderen Vorschriften kennzeichnet sich darin, daß sie für einen begrenzten Kreis von Lebensverhältnissen oder für bestimmte Tatsachen etwas Eigentümliches, Spezifisches normieren, mag diese Besonderheit in einer Modifizierung der sonst für eine Rechtswirkung erforderlichen Voraussetzung, oder in einer Stärkung, Minderung und Aufhebung sonstiger Rechtswirkungen, oder in der Einführung neuer und eigentümlicher rechtlicher Tatbestände liegen.

Bei der Untersuchung des Verhältnisses des bereits bestehenden Vorbehaltsrechts zu den „Allgemeinen Vorschriften", deren für unsere Frage maßgebende Abgrenzung soeben gewonnen ist, sind drei Hauptfälle zu unterscheiden:

a) Die Vorbehaltsmaterie enthält keine Vorschrift über gewisse Rechtsverhältnisse allgemeinen Charakters, setzt sie vielmehr voraus (Voraussetzung, § 15).

b) Sie verweist auf die „Allgemeinen Vorschriften" des bisherigen Rechts (Verweisung, §§ 16, 17).

c) Sie enthält derartige Vorschriften. Diese können darstellen eine Wiederholung oder eine Abweichung, eine selbständige Sonderregelung (§ 18).

§ 15. Vorausgesetzte Allgemeinvorschriften.

I. Beim Fehlen allgemeiner Vorschriften auf dem Sonderrechtsgebiet hat ihre Ergänzung ausschließlich aus dem BGB. und EG. zu erfolgen [1], nicht aber aus dem bisherigen partikulären Landesrecht [2]. Dies beruht auf der Erwägung, daß jedes für bestimmte Lebensverhältnisse erlassene Sondergesetz das Bestehen und den Inhalt des für den betreffenden Staat geltenden allgemeinen Rechts voraussetzt. Aus diesem Hintergrunde, der für Leben und Funktionieren des Sondergesetzes ebenso nötig ist wie der Gesamtkörper für die Funktionen des Einzelglieds, kann nur Bedeutung und Tragweite des Spezialrechts erkannt und ergänzt werden; im letzteren sind die „Allgemeinen Vorschriften" des bestehenden Rechts vorausgesetzt. Nun sind aber durch Art. 55 EG. alle privatrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze, also auch die allgemeinen Charakters, außer Kraft getreten, soweit nicht ein ausdrücklicher Vorbehalt vorliegt. Da hierdurch der zur Anwendung des Sonderrechts nötige Hintergrund der allgemeinen landesgesetzlichen Vorschriften weggefallen ist, kann der Gesetzgeber gar nichts anderes beabsichtigt haben, als die allgemeinen Vorschriften des Reichsrechts an die Stelle zu setzen. Weil selbstverständlich, ist dieser Satz nicht expressis verbis ausgesprochen. Daß dies die Auffassung des Gesetzgebers gewesen sein muß, dafür spricht ferner der im Art. 4 für den ähnlichen Fall der Verweisung niedergelegte Grundgedanke. Hiergegen ist auch der Einwurf unbegründet, der Vorbehalt, auf den der Art. 55 hinweise, beziehe sich auch auf die vorausgesetzten allgemeinen Vorschriften des betreffenden Landesrechts. Selbst bei den generellsten Materien sind die Bestimmungen, die allgemeinen Charakters sind, durch den Vorbehaltsausspruch des Art. 55 nicht mit getroffen und mit gedeckt. Zutreffend ist allein die engere Auslegung, wonach nur diejenigen Vorschriften, die für die einzelnen Materien als deren Sonderrecht berechnet sind, nicht aber diejenigen, die diesem Sonderrechte gegenüber allgemeine Vorschriften bilden, vorbehalten sind [3].

Unser leitendes Prinzip empfiehlt sich auch durch den Zweck des großen Gesetzgebungswerkes, das soweit als möglich Einheit schaffen wollte; ein Rechtszustand, fast noch schlimmer als vordem, wäre aber die Folge, wenn man die früheren Allgemeinvorschriften der verschiedenen Bundesstaaten zur Ergänzung für die Sondermaterien heranzöge. Unser Prinzip

---

[1] Ebenso Eck § 6, Niedner Art. 4 Anm. 1, Planck Art. 4 Anm. 1, Zitelmann a. a. O. III.

[2] Dieser Ansicht Dernburg, BR. I § 13 Anm. 10.

[3] Dies hat Zitelmann a. a. O. S. 10 ff. gut nachgewiesen. Auch Art. 95 Abs. 2 EG. ist kein Beweis dagegen, erklärt sich vielmehr daraus, daß die Vorschriften des BGB. über Geschäftsfähigkeit usw. selbst dann Anwendung finden sollen, wenn etwa das Landesrecht gerade im Gesindewesen Sonderbestimmungen über die Geschäftsfähigkeit gegeben hätte.

empfiehlt sich nicht minder durch seine Einfachheit. Auch die einzelstaatlichen Gesetzgeber sind, wie die Begründungen zu den AG. ergeben, zumeist von ihm ausgegangen [1].

II. Einige Beispiele werden zur Veranschaulichung des obigen Grundsatzes dienen. Wo das bisherige Landesspezialrecht von Formerfordernissen, von Regeln über Irrtum, Verzug, Bedingungen usw. schweigt, greift das BGB. ergänzend ein. Für die Begriffe der Geschäftsfähigkeit, Vertretung, Ehelichkeit, Verwandtschaft, Schwägerschaft ist jetzt das BGB. maßgebend. Spricht das Landesrecht von Schenkungen oder Zuwendungen von Todes wegen z. B. bei den Erwerbsbeschränkungen der juristischen Personen, so wird deren Begriff fortab nach dem BGB. zu bestimmen sein. Ebenso wird der Fruchtbegriff etwa für Fideikommisse und Lehen aus dem BGB. zu umgrenzen sein [2]. Hier, wie überall in diesem Paragraphen, vorausgesetzt, daß das Landesspezialrecht über Allgemeinvorschriften schweigt und keine anderweite Sonderregelung enthält.

Die Anwendung des Rechtsprinzips kann Änderungen von praktischer Tragweite hervorbringen, und zwar namentlich da, wo die Vorschrift allgemeinen Charakters eine andere Ausgestaltung im BGB. als in einem der bisherigen Landesrechte erfahren hat, oder wo neue rechtliche Folgen an ein nach altem und neuem Recht im wesentlichen gleichartiges Verhältnis geknüpft werden. Beispielsweise tritt nunmehr, wo das Landesrecht von väterlicher Gewalt redet, die elterliche Gewalt des BGB. an die Stelle [3]. Der Umfang dessen, was zur „Frucht", zu „Nutzungen" gerechnet wird, bestimmt sich nach neuem Recht. — Handelt ein neben dem BGB. in Kraft bleibendes Landesgesetz von Hypotheken und Grundschulden, so sind dafür die Hypotheken und Grundschulden nach dem BGB. zu setzen. — Die Verschiedenheit der Voraussetzungen für die Ehelichkeit eines Kindes früher und jetzt kann zu verschiedenartigen Rechtswirkungen führen (s. hierüber Planck Art. 4 Anm. 4).

III. Zwei wichtige Folgen des von uns vertretenen Prinzips seien noch besonders hervorgehoben:

a) Wenn gewisse Institute allgemeinen Charakters im BGB. aufgehoben sind, so fallen sie auch für die Vorbehaltsmaterien, abgesehen immer von einer Sonderregelung, weg. Dies ist z. B. wichtig für den Rechtsbesitz. Ihn kennt das BGB. nicht, in Übereinstimmung mit dem altrömischen und französischen, aber in Abweichung von dem gemeinen und dem preußischen Recht. Unzutreffend ist die Annahme [4], der Rechtsbesitz sei bei Vorbehaltsmaterien in den früheren Herrschaftsgebieten des ALR. und gemeinen Rechts noch zulässig und nach den bisherigen Vorschriften zu beurteilen.

b) Wenn das Landesrecht auf den Vorbehaltsgebieten keine von den allgemeinen Grundsätzen abweichende Bestimmung über die Verjährung trifft oder aber für Ansprüche aus den Vorbehaltsmaterien die Verjährung gar nicht erwähnt, dann finden die Verjährungsgrundsätze des BGB. und dessen Fristen Anwendung, es greifen nicht die Grundsätze der bisherigen landesrechtlichen Verjährungslehre ein [5].

---

[1] Vgl. z. B. die Begründung zum preuß. AG. bei Art. 16, 21, 87 des Entwurfs; zur meckl. AV. § 2.

[2] Anderer Meinung Dernburg (BR. III § 8 Nr. III), der infolge seiner grundsätzlich verschiedenen Stellung erklärt, für Familienfideikommisse gelte nicht der Fruchtbegriff des BGB., sondern z. B. in Preußen der Fruchtbegriff des ALR., obwohl der Fruchtbegriff im Fideikommißrecht des ALR. (Teil II Titel 14) keine Sonderregelung erfahren hat.

[3] In Übereinstimmung hiermit Art. 69 § 1 des preuß. AG. — Wo beispielsweise nach partikulären Gesindeordnungen Kinder, die unter väterlicher Gewalt stehen, sich nicht ohne Einwilligung des Vaters vermieten dürfen, gilt jetzt diese Einschränkung für Kinder, die unter elterlicher Gewalt stehen.

[4] So Dernburg, BR. III § 29, Goldmann-Lilienthal S. 232, Endemann II § 28.

[5] Beispielsweise läuft nunmehr auch auf den Vorbehaltsgebieten für die Verzugszinsen die im § 197 BGB. normierte vierjährige Verjährung, während die Verzugszinsen nach verschiedenen bisherigen Partikularrechten, wie dem preuß. ALR., ohne kurze Verjährung liefen.

§ 16. Verweisung.

A. Entstehungsgeschichte des Art. 4 EG.

Sitz der gesetzlichen Regelung für den Fall der Verweisung (Fall b oben § 14 a. E.) ist der Art. 4 EG.:

„Soweit in Reichsgesetzen oder in Landesgesetzen auf Vorschriften verwiesen ist, welche durch das Bürgerliche Gesetzbuch oder durch dieses Gesetz außer Kraft gesetzt werden, treten an deren Stelle die entsprechenden Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs oder dieses Gesetzes."

Für die Erläuterung des Art. 4 ist ein Zurückgehen auf die Materialien von Bedeutung, weil eine ihrer Bemerkungen auf die Auslegung des Art. 4 in der bisherigen Literatur und Rechtsprechung einen wesentlichen Einfluß geübt hat. Die Motive (EG. S. 64, 148 ff.) heben nämlich hervor: „In Kraft bleiben diejenigen bestehenden Vorschriften, welche zwar inhaltlich von dem bisherigen gemeinen Privatrecht nicht abweichen, nach der Absicht des betreffenden Gesetzes aber nicht lediglich die Bedeutung einer erläuternden Wiederholung des ius commune haben, sondern einen Bestandteil des Spezialrechts bilden sollen." Hier liege keine Verweisung im Sinne des Art. 4 vor. In den Protokollen (S. 9186) wird der gleiche Gedanke in folgendem Gegensatz wiederholt: „Wenn — im Landesgesetz bei einer Vorbehaltsmaterie — auf das allgemeine Recht nur verwiesen ist in dem Sinne, daß es als solches, nicht als eine Besonderheit des betreffenden Gesetzes, zur Anwendung kommen soll, tritt das BGB. an die Stelle; wenn das Landesgesetz eine dem allgemeinen Recht entnommene besondere Bestimmung enthält, ist es eine Auslegungsfrage, ob die Bestimmung unter allen Umständen oder nur, weil sie allgemeines Recht ist, gelten soll, in welch letzterem Falle sie durch das BGB. ersetzt wird." Um diese Auffassung zu verdeutlichen, war in der Komm. II folgender Zusatz zu Art. 4 beantragt worden:

„Für ein in Kraft bleibendes Landesgesetz gilt dies nur insoweit, als nicht aus dem Gesetze sich ein anderes ergibt."

Die Kommission billigte den Zusatz und überwies ihn wegen seiner redaktionellen Natur an die Redaktionskommission. Diese hat den Art. 4 ohne den Zusatz wieder vorgelegt. Daraus ist aber nicht zu folgern, wie dies Weißler (Pr. Landespriv. S. IV) tut, daß nun das Gegenteil gilt. Grund und Zweck des Art. 4 sprechen vielmehr für die Richtigkeit der obigen Auffassung. Auch die Literatur hat diesen Gegensatz zumeist als richtig angenommen [1]. Sie unterscheidet die echte (bloße) Verweisung, auf die Art. 4 sich bezieht, und die unechte. In letzterem Falle liegt nämlich in Wirklichkeit keine bloße Verweisung, sondern eine inhaltliche Aufnahme der in Bezug genommenen Vorschrift in das Gesetz als Bestandteil des betreffenden Spezialrechts vor [2].

Der obige Gegensatz — ob eine Bestimmung nur allgemeines Recht oder Bestandteil des Spezialrechts — bezieht sich, ebenso wie die Äußerung der Motive und Protokolle, zunächst auf Art. 4 und die Verweisung; er hat aber sachlich eine hierüber hinausgreifende Bedeutung und gehört auch zu den im § 19 sowie in minderem Maße zu den im § 15 behandelten Fragen.

---

[1] So Niedner Art. 4 Anm. 3, Planck Art. 4 Anm. 2, Dernburg II § 2, Strantz-Gerhard Einl. S. 26. Dagegen verwirft Zitelmann (a. a. O. S. 38 ff.) diese Unterscheidung; sei einmal festgestellt, daß der landesrechtliche Satz ein allgemeiner war, so müsse er auch unter allen Umständen durch Art. 55 als beseitigt gelten. Indes der Gesetzgeber kann die Geltung einer allgemeinen Vorschrift für ein Sonderrechtsgebiet aus besonderen, diesem speziellen Verhältnis angehörenden Gründen wollen, welche zutreffen würden, selbst wenn die Gründe für ihre allgemeine Geltung etwa nicht stichhaltig wären. Er würde sie mithin als Sondervorschrift sogar dann eingeführt haben, wenn sie nicht allgemeines Recht wäre. Dieses von Zitelmann selbst hervorgehobene Argument schlägt ihn, zumal jene Erwägungen in retrospektiver Betrachtung auch als letztes Motiv des Gesetzgebungsaktes erkannt werden können. Übrigens kann Zitelmann seinen Standpunkt nicht konsequent festhalten (s. z. B. S. 61 Ziff. 4).

[2] Dem Art. 4 ähnliche Vorschriften kennen noch: EG. z. RStrG. § 3, EG. z. HGB. Art. 3; preuß. AG. Art. 87; bad. AG. Art. 3.

§ 17. B. Echte Verweisung.

I. Begriff. Die Verweisung ist „Ausdruck des Gesetzinhalts durch Bezugnahme auf einen anderen, inhaltlich nicht wiederholten Rechtssatz" (Zitelmann a. a. O. S. 39). Verweisung bezeichnet somit eine besondere legislative Technik, wonach ein Satz in einer bestimmten Form, und zwar durch Bezugnahme, Recht wird. Die Form der Verweisung kann, streng genommen, nur eine ausdrückliche sein, da sonst das Element der Bezugnahme entfiele. Sie hat drei Spielarten[1]; es werden in Bezug genommen: a) entweder einzelne bestimmte Gesetzesstellen, Paragraphen[2], oder b) durch bestimmte Gesetze geregelte Materien[3], oder c) ganze Rechtsteile und ganze Rechtssysteme[4].

Keine Verweisung, zu deren Wesen eben eine Bezugnahme gehört, liegt somit vor, wenn gewisse allgemeine Bestimmungen des bestehenden Rechts vorausgesetzt werden, z. B. wenn das Gesetz einfach von Irrtum, Geschäftsunfähigkeit usw. spricht.[5]. Ebensowenig ist Verweisung bei einer Wiederholung anzunehmen (hierüber im § 19).

II. Nachdem der Begriff der Verweisung im Sinne des Art. 4 gefunden ist, kann nunmehr der weitere Inhalt des Art. 4 entwickelt werden.

1. Wenn Art. 4 bei echter Verweisung, die nur die allgemeinen Normen in ihrer jeweiligen Gestalt in Bezug nehmen will, die Vorschriften des BGB. und EG. eingreifen läßt, so beruht diese Regelung auf der bereits (s. § 15) betonten Rechtswahrheit, daß ihnen die natürliche Stellung des Ius commune zukommt. Damit Art. 4 Platz greife, muß die Vorschrift, auf welche verwiesen ist, durch das BGB. oder durch das EG. außer Kraft gesetzt sein, gleichviel, ob sie eine des Reichs- oder Landesprivatrechts ist. Für die uns hier beschäftigenden Verweisungen im Landesprivatrecht wird freilich der Fall der Bezugnahme auf aufgehobenes Reichsrecht äußerst selten sein. Ferner treten nach Maßgabe vieler Ausführungsgesetze die durch sie außer Kraft gesetzten Bestimmungen des Landesrechts hinzu[6].

2. Das verweisende Gesetz aber, d. h. der Rechtssatz, der seinen Inhalt, anstatt ihn materiell auszudrücken, ganz oder teilweise durch Bezugnahme bezeichnet, muß umgekehrt in Kraft geblieben sein. Der verweisende Satz ist somit, abgesehen von dem für unsere Betrachtung auszuschaltenden Reichsprivatrecht, ein Satz des vorbehaltenen Landesprivatrechts[7]. Enthält ein solcher Satz eine Verweisung auf Vorschriften allgemeinen

[1] Vgl. Neumann Anm. 2 zu Art. 4 EG.

[2] Beispiele: A. aus Reichsrecht: Depotges. vom 5. Juli 1896, § 3, § 6. § 3: „Der Kommissionär (Art. 360, 378 des HGB.), welcher einen Auftrag" usw.; hier treten die §§ 383 und 406 des neuen HGB. an die Stelle. B. Aus Landesrecht: § 1010 I 11 des preuß. ALR.: „Wegen der Fälle, wo die Erfüllung des Verlagsvertrages einem oder dem anderen Teile unmöglich wird, hat es bei den Vorschriften des § 879 sq. sein Bewenden." Nach dem 1. Jan. 1900 griffen hier die §§ 275 ff. BGB. ein.

[3] A. Aus Reichsrecht: § 7 des Depotgesetzes: „Die Bestimmungen des Bürgerlichen Rechts, nach welchem der Übergang des Eigentums schon in einem früheren Zeitpunkte eintritt, bleiben unberührt." B. Aus Landesrecht: Preuß. ALR. § 212 II 4: . . . . „die Auseinandersetzung zwischen dem Fideikommißfolger und den Erben des letzten Besitzers soll erfolgen nach den bei der Lehre vom Nießbrauch erteilten Vorschriften (Teil I Tit. 21 § 143 sq.)." Jetzt sind die Grundsätze des BGB. (§§ 1055 ff.) maßgebend.

[4] Beispiele: A. Aus Reichsrecht: Beamtengesetz vom 31. März 1873 § 19. B. Aus Landesrecht: Preuß. ALR. I 9 § 192: „Werden bei Gelegenheit des Fischfanges andere Sachen gefunden und entdeckt, so gelten in Ansehung derselben die Vorschriften des zweiten und dritten Abschnitts." — Oder § 17 des Enteignungsges. vom 11. Juni 1874: „Für die freiwillige Abtretung — des Grundeigentums — in Gemäßheit des § 16 sind die nach den bestehenden Gesetzen für die Veräußerung von Grundeigentum vorgeschriebenen Formen zu wahren." In beiden Fällen treten die neuen Vorschriften ein.

[5] Gleicher Ansicht auch Dernburg BR. I § 10, Planck Art. 4 Anm. 1. Man darf hier auch nicht von einer stillschweigenden Verweisung sprechen (so Zitelmann S. 49, Neumann a. a. O.); vielmehr ist dies der Fall der Voraussetzung (§ 15). Freilich ist das praktische Ergebnis das gleiche, indessen müssen die Begriffe auseinandergehalten werden.

[6] Vgl. z. B. Art. 87 preuß. AG., bad. AG. Art. 3.

[7] Wäre die verweisende Vorschrift nicht Vorbehaltsrecht, so wäre sie selbst außer Kraft getreten; das Reichsrecht träte hier primär an die Stelle des verweisenden Satzes, nicht bloß an die Stelle des Satzes, auf den verwiesen ist (Zitelmann S. 54).

Charakters, die durch BGB., EG. oder die AG. aufgehoben sind, so treten an ihre Stelle laut Art. 4 die entsprechenden Vorschriften des BGB. oder des EG.

3. Die entsprechenden neuen Vorschriften sollen als Ersatz der beseitigten eintreten.

Entsprechend heißt nicht: übereinstimmende, sondern: ihrem wesentlichen Inhalte nach zum Ersatz der alten geeignete und für das gleiche Lebensverhältnis bestimmte Vorschriften. Entsprechende Vorschriften liegen selbst dann vor, wenn das neue Recht einen Begriff neu aus- und umgestaltet, z. B. den der gesetzlichen Vertreter, elterlichen Gewalt (s. oben § 15). Der Klärung dienen einzelne Regelungen in den Art. 33–54 EG. (vgl. namentlich Art. 34, 37, 41). Für das Landesrecht liegt die erforderliche Klärung den Einzelstaaten ob, die sich auch dieser Aufgabe meist unterzogen haben (s. oben § 7), z. B. das preuß. AG. in den Art. 16, 21, 37, 69. Wo dies nicht gesetzlich geschehen ist, wird die Praxis eingreifen und die Umdeutung vornehmen.

Falls dem neuen Rechte eine entsprechende Bestimmung überhaupt fehlt, so kann Art. 4 nicht Anwendung finden: es bleibt dann für die Regel das frühere bürgerliche Recht, auf welches verwiesen ist, in Geltung [1].

4. Der Art. 4 bezieht sich nur auf das Privatrecht, wie ja das öffentliche Recht prinzipiell unberührt bleibt (§ 6). Der Art. 4 kommt somit an sich nicht zur Anwendung, wenn der verweisende Satz dem öffentlichen Landesrechte oder auch Reichsrechte angehört. Verweist der Satz auf landesprivatrechtliche Vorschriften noch so allgemeiner Natur, so bleiben sie in Geltung, da sie durch die Verweisung Bestandteile eines öffentlich-rechtlichen Satzes geworden sind. Indes ist eine Einschränkung geboten. Wenn die Auslegung als Absicht des Gesetzgebers bei Verweisungen auf privatrechtliche Vorschriften feststellt, er habe die jeweilige Vorschrift gelten lassen wollen, so hat die Ergänzung künftig aus dem Reichsprivatrecht zu erfolgen. Ob nun die eine oder die andere Auslegung die zutreffende ist, unterliegt der nicht selten verwickelten Prüfung des Einzelfalles. Die AG. haben hin und wieder zur Erleichterung ausdrückliche Entscheidungen gegeben. Die Unterscheidung muß entsprechend eintreten, wenn das Landesgesetz im öffentlichen Rechte, anstatt zu verweisen, die Bestimmung, die es heranziehen will, inhaltlich wiederholt [2].

§ 18. C. Unechte Verweisung.

Der Begriff der unechten Verweisung, deren Lehren zu den bestrittensten gehören, und ihr Unterschied von der echten ist bereits oben (§ 16) dargelegt. Ihre Form ist identisch mit der einer echten (§ 17 I). Dies folgt aus dem Begriff der Verweisung, die im wesentlichen eine bestimmte Art gesetzgeberischer Technik ist. Auch die unechte Verweisung kann somit ebensowenig wie die echte stillschweigend oder durch Wiederholung geschehen. Der Grund, aus dem auf die unechte Verweisung der Art. 4 nicht auszudehnen ist, und aus dem somit das alte Recht in Kraft bleibt, liegt darin, daß der betreffende allgemeine Rechtssatz, auf den verwiesen ist, eine Besonderheit, ein charakteristischer Bestandteil der vorbehaltenen Materie geworden ist (s. § 16). Die Feststellung dieses Grundes begegnet nicht selten großen Schwierigkeiten und fordert bon sens. In zweifelhaften Fällen dürfte die Vermutung für die echte Verweisung sprechen [3]. Allgemeine Regeln lassen sich aber nicht geben, vielmehr ist im Einzelfalle aus allen Umständen die Absicht des Gesetzes zu ermitteln. Für die Fortgeltung des bisherigen Rechts wird man sich besonders dann entscheiden, wenn in Vorbehaltsmaterien auf Rechtsinstitute verwiesen ist, die das BGB. überhaupt beseitigt hat, z. B. auf unvordenkliche Verjährung, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, und der Rechtssatz

[1] So Endemann § 6 Anm. 6; Zitelmann S. 48 Nr. 4. Der Satz ist kein ausnahmsloses Muß; in geeigneten Fällen kann auch durch Analogie aus dem Reichsrecht Hilfe gesucht werden.

[2] Hier behauptet Zitelmann (S. 61) stets die ungeänderte Fortgeltung des inhaltlich wiederholten Satzes.

[3] So auch Planck Art. 4 Anm. 2; Dernburg (BR. I §§ 10, 13) behandelt die Frage als offene und neigt sich, von seinem grundsätzlich anderen Standpunkt aus, eher der entgegengesetzten Vermutung zu.

der Vorbehaltsmaterie sonst unvollständig würde (Mot. EG. S. 149)[1]. Die Grenzziehung zwischen echten und unechten Verweisungen erleichtern oft die Ausführungsgesetze durch Klarstellungen.

§ 19. Wiederholung. Sonderregelung.

Im dritten Hauptfall endlich (§ 14 a. E. zu c) spricht die Vorbehaltsmaterie Allgemeinvorschriften direkt aus, und zwar entweder in Wiederholung der für das allgemeine Recht geltenden Grundsätze oder mit Abweichungen von diesen als Sonderregelung.

1. Wiederholung ist die inhaltliche Aufnahme einer Vorschrift des allgemeinen Rechts in die Sondermaterie; sie bildet durch diese Form den Gegensatz zur Verweisung (s. § 17 I)[2]. Der Art. 4 kann somit unmittelbar auf Wiederholungen keine Anwendung finden. Freilich wird sein Prinzip auf sie im Wege der analogen Ausdehnung zu erstrecken sein. Denn auch für die inhaltliche Wiederholung von Allgemeinvorschriften gilt in der Regel die Rechtswahrheit, daß das ius commune zunächst Platz greift, und daß ihnen die Wiederholung nicht schon den Stempel einer Besonderheit, die auch beim Wechsel der Gesetzgebung gelten soll, aufdrückt; wird es doch meist Spiel des Zufalls sein, ob ein Gesetz sich in der Form der Verweisung oder inhaltlichen Wiederholung ausdrückt. Auch für die Wiederholung gilt aber der Satz, daß ausnahmsweise an die Stelle der wiederholten Vorschriften das neue Recht dann nicht tritt, wenn als Absicht des Gesetzgebers ermittelt wird, der wiederholte Satz sei ein charakteristischer Bestandteil der Vorbehaltsmaterie. Und für diese Ermittelung bleibt als Moment zu beachten, daß die Wiederholung auch absichtlich gewählt sein kann, um den „Schein der Abhängigkeit von dem anderen Rechtssatz zu vermeiden" (Zitelmann).

Ein häufiges Beispiel der Wiederholung bieten jene Gesetze, welche die Verzinsung einer Schuld vorschreiben und den Betrag der Zinsen, statt auf den gesetzlichen Zinsfuß zu verweisen, ausdrücklich in den Ziffern dieses Zinsfußes aussprechen. So heißt es im § 36 des preuß. Enteignungsgesetzes vom 11. Juni 1874: „Die Entschädigungssumme wird . . . mit fünf Prozent (der frühere gesetzliche Zinsfuß im preuß. Recht) . . . vom Tage der Enteignung . . . verzinst." Selbst wenn Art. 10 des preuß. AG. dies nicht besonders angeordnet hätte, so würde vom 1. Januar 1900 ab der Zinsfuß des BGB. von 4% an die Stelle treten. Überall, wo in gleichgearteten Fällen ähnliche Bestimmungen in Landesgesetzen wiederholt sind, weichen sie dem neuen Recht, auch wenn die Ausführungsgesetze schweigen[3].

2. Sonderregelung. Der mehrfach entwickelte Rechtsgrundsatz, daß sich die Allgemeinbegriffe des Reichsrechts, gleichsam wie eine neue Kulisse, als Hintergrund hinter dem bestehenden Vorbehaltsrecht aufbauen, versteht sich nur mit der Maßgabe, daß eine anderweite, von den landesrechtlichen Allgemeinvorschriften abweichende Regelung in den Vorbehaltsmaterien nicht ausgesprochen ist. Das Vorbehaltsrecht hat mit der Sonderregelung eben gezeigt, daß es die allgemeinen Grundsätze, die zur Zeit seines Erlasses im allgemeinen Landesrechte bestanden, auf seinem Gebiete nicht gelten lassen will; hier versagt also der Satz von dem jeweilig geltenden allgemeinen Rechte, das der Vorbehaltsmaterie als Ergänzung dienen soll, von vornherein. Ebensowenig, wie dort das ursprüngliche all-

---

[1] Beispiele unechter Verweisung: A. Aus Landesrecht: Nach preuß. ALR. § 35 II 14 „gilt von der Verjährung der (niederen) Regalien", zu denen z. B. die Fährgerechtigkeiten gehören, „alles, was von der Verjährung gegen den Fiskus verordnet ist" (T. I Tit. 9 § 629 sq.). Diese in Bezug genommenen Bestimmungen (§ 629 ff. I 9) gestatten die Begründung von Rechten gegen den Fiskus durch die ungewöhnliche Verjährung von 44 Jahren. Wenngleich nun durch das preuß. AG. (Art. 89) jene §§ 629 ff. aufgehoben sind, müssen sie für die Ersitzung niederer Regalien gegen den Fiskus durch ungewöhnliche Verjährung noch als wirksam angesehen werden. B. Weitere Fälle aus Landes- und Reichsrecht bei Niedner Art. 4 Anm. 3.

[2] Gleicher Ansicht Dernburg (BR. I § 10), Zitelmann (S. 50). — Als Art der Verweisung wird die Wiederholung im Anschluß an die Beratungen der II. Kommission angesehen von Neumann, Niedner, Planck (sämtlich Anm. zu Art. 4).

[3] Anderer Meinung Dernburg (BR. I § 10 Anm. 4), wie dies bei seinem prinzipiell verschiedenen Standpunkte erklärlich ist.

gemeine Recht gelten sollte, kann dasjenige Anwendung finden, welches an die Stelle des ursprünglichen nachher als allgemeines getreten ist[1].

3. Hiermit sind wir am Schluß unserer Betrachtungen, die nicht erschöpfend sein konnten oder wollten, sondern nur in Grundzügen einen Wegweiser durch die verschlungenen Beziehungen der beiden Privatrechtswelten: der reichs- und landesgesetzlichen, geben sollten. Auch auf diesen abseits gelegenen Gebieten ist der deutschen Jurisprudenz ein wertvolles Gut anvertraut: über der Sicherung und dem Schutz der partikulären Interessen die Einheit des Rechts nicht zu vergessen. Vom Reichsrecht aus sind die Vorbehaltsgebiete zu erläutern und zu ergänzen; dies erwies sich als richtiger Leitstern. Aus dem Keimblatt der Sehnsucht nach einem einheitlich deutschen Recht ist der Baum des Deutschen Reichs herausgewachsen; ins Mark würde ihn eine Jurisprudenz treffen, welche sondertümelnder Rechtsauslegung und Rechtsanwendung, außer im Falle gesetzlicher Notwendigkeit, Vorschub leistete.

[1] Zum Beispiel hält die Sonderregelung des Begriffs „Zubehör“ im § 16 des preuß. Ges., betr. das Anerbenrecht bei Renten- und Ansiedelungsgütern, vom 8. Juni 1896 („Im Sinne dieses Gesetzes sind Zubehör des Anerbengutes“ usw.) auch Stand gegenüber dem neuen Reichsrecht.

3.

Internationales

Privat-, Straf- und Verwaltungsrecht

mit Einschluß des

Zivilprozeß- und Strafprozeßrechtes

von

Professor L. von Bar (†)
in Göttingen.

Inhaltsübersicht.

Erstes Buch. Internationales Privatrecht.

Allgemeine Literatur. (Neuere Systeme des internationalen Privatrechts. Schriften über einzelne Materien und Fragen sind des innezuhaltenden Raumes wegen nicht angeführt.) Story, Commentaries on the conflict of laws in Boston in zahlreichen Auflagen seit 1834. v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 8 (S. 1—367). v. Bar, Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts, 2 Bde. 1889 (2. Aufl. des 1862 erschienenen internationalen Privat und Strafrechts); englische Übersetzung, mit Noten über das englische Recht von Gillespie, Edinbourgh 1892. Brocher, Cours de droit international privé, 3 Bde. Paris, Genève 1882—1885. Wharton, A treatise on the conflict of laws. 2. Aufl. 1881 (3. Aufl. nach dem Tode des Verfassers 1905). Asser, Das internationale Privatrecht, deutsch bearbeitet von Cohn 1880; französische (vervollständigte) Bearbeitung von Rivier, Paris 1884. Laurent, Le droit civil international, 8 Bde. Brüssel. Paris 1880—1882. Torres Campos, Principios de derecho internacional privado. 2. Aufl. Madrid 1892. Westlake, A treatise on private international law, 4. Aufl. London 1905. Despagnet, Précis de droit international privé (erste Aufl. 1885), 5. Aufl. besorgt von de Boeck, Paris 1910. v. Bar, Lehrbuch des internationalen Privat- und Strafrechts 1892. (Japanische Übersetzung von Miyada 1899). Surville et Arthuys, Cours élémentaire du droit international privé. 5. Aufl. Paris 1910. Weiss, Traité élémentaire de droit international privé. 5. Aufl. Paris 1905. Fiore, Diritto internazionale. 3. Aufl. Turin 1888—1891. Muheim, Die Prinzipien des internationalen Privatrechts im Schweizer Privatrechte, 1887. Roguin, Conflit des lois suisses en matière internationale et intercantonale, 1891. Meili, Geschichte und System des internationalen Privatrechts im Grundriß 1892. Jettel, Handbuch des internationalen Privat- und Strafrechts mit Rücksicht auf die Gesetzgebungen Österreich-Ungarns 1893. Dicey, A digest of the law of England with reference to the conflict of laws with notes on american cases by Basset Moore, London (2. Aufl. 1908). Neumann, Internationales Privatrecht in Form eines Gesetzentwurfs nebst Motiven 1896. Alb. Rolin, Principes du droit international privé et applications aux diverses matières du code civil. 3 Bde. Paris 1897. Lescoeur, La condition légale des étrangers et particulièrement des Allemands en France, Marburg und Paris 1898. — Zitelmann, Internationales Privatrecht Bd. 1, 1897, Bd. 2, Stück 1, 1898, St. 2, 1903, St. 3 (Schluß) 1912. Meili, Das internationale Zivil- und Handelsrecht, 2 Bde., Zürich 1902. Pillet, Principes de droit international privé, Paris 1903. v. Streit, Σύστημα τοῦ ἰδιωτικοῦ διεθνοῦς δικαίου, Athen 1906. Reuterskiöld, Handbok i Svensk privat internationell rätt, Upsala u. Stockholm 1907. Reuterskiöld, Föreläsninger öfver privat internationell rätt, Bd. 1, 1909. Rodrigo Octavio, A codifiçao do direito internacional privado, Porto u. Rio di Janeiro 1910. Internoscia, New code of international law (englisch, französisch und italienisch), New York 1911 (S. 263—979). Carrió, Apuntes de derecho internacional privado, Montevideo 1911. Meili und Mamelok, Das internationale Privat- und Zivilprozeßrecht auf Grundlage der Haager Konventionen, Zürich 1911. Buzzati, Le droit international privé d'après les conventione de la Haye. Traduit par Rey Paris 1911 (italienische Ausgabe Mailand 1908). Weiss, Traité théorique et pratique de Dr. internat. privé, Paris 2. Édit. 5 Bde. seit 1907 erscheinend. —

Über das internationale Privatrecht nach dem Einführungsgesetze zum bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich (insbesondere außer den Kommentaren zu diesem Gesetzbuche): Barazetti, Das internationale Privatrecht im Gesetzbuche für das Deutsche Reich 1897. Niemeyer, Das internationale Privatrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1901. Habicht, Internationales Privatrecht nach dem Einführungsgesetze zum Bürgerlichen Gesetzbuch, herausgegeben von Greiff, 1907.

Nicht sämtliche der Lehr- und Handbücher des internationalen Privatrechts behandeln auch das Zivilprozeßrecht, obschon beides in innigem Zusammenhange steht. Andererseits findet man häufig das internationale Privatrecht behandelt in Lehr- und Handbüchern über internationales und Völkerrecht, und die Lehr- und Handbücher des Zivilprozesses widmen oft der Frage der Anwendung ausländischen Rechts einen Abschnitt.

Zeitschriften: Revue de droit international et de législation comparée, begründet von Asser, G. Rolin-Jacquemyns, Westlake, jetzt herausgegeben von Ed. Rolin, Paris, Brüssel seit 1869 erscheinend; Journal de droit international privé, herausgegeben von Clunet; seit 1874 (für internationales Privatrecht besonders reichhaltige Zeitschrift); Zeitschrift für inter-

nationales Privat- und Strafrecht, begründet 1891 von Böhm, fortgesetzt von Niemeyer, seit 1905 als Zeitschrift für internationales Privat- und öffentliches Recht. Revue de droit international privé et de droit international pénale Paris, seit 1905, begründet von Darras, jetzt hrsg. von A. de Lapradelle; Revista de derecho internacional, hrsg. von d'Olivart, Madrid seit 1905. Rivista di diritto internazionale, hrsg. von Anzilotti und Ricci-Bussati, Rom, Turin, Haag, seit 1906. Manches im Archiv für öffentliches Recht herausgeg. von Laband, Mayer u. a.; ferner in den Blättern für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre herausgeg. von Felix Meyer; neuestens auch im Jahrbuch für internationalen Rechtsverkehr herausgeg. von Wertheimer.

I. Begriff und Aufgabe des internationalen Privatrechts[1].

§ 1. Internationales Privatrecht nennt man heutzutage den Inbegriff derjenigen Grundsätze, die für die Beurteilung eines privaten Rechtsverhältnisses nach dem Rechte des einen oder des anderen Staates maßgebend sind und eintretendenfalls auch für die Frage, welches Staates Gerichte für solche Beurteilung zuständig sind, und ob die Urteile und sonstige Prozeßhandlungen eines Staates auf Anerkennung und Hilfeleistung durch Gerichte anderer Staaten Anspruch erheben können[2].

Man kann daher das internationale Privatrecht (mit Einschluß des Zivilprozeßrechts) definieren als die Bestimmung der Kompetenz der Gesetzgebungen der einzelnen Staaten[2] (und ihrer Organe — Gerichte, Behörden) für die privaten Rechtsverhältnisse[3]. Bei Rechtsverhältnissen, die zum Auslande in keiner Beziehung stehen, ist es ohne weiteres klar, daß darauf nur unser einheimisches Recht Anwendung finden kann. Wenn aber z. B. ein Inländer mit einem Ausländer einen Kontrakt eingeht, ein Inländer im Auslande ein Rechtsgeschäft vornimmt, dort belegene Sachen veräußert, oder wenn zwei Ausländer vor einem hiesigen Gerichte einen Prozeß führen, so wird die Frage, ob und inwieweit hiesiges oder fremdes Recht (und welches fremde Recht) der Entscheidung der dabei vorkommenden Rechtsfragen zugrunde zu legen sei, abstrakt gedacht eine sehr verschiedene Beantwortung als möglich erscheinen lassen. Die Theorie des internationalen Privatrechtes soll diese Fragen lösen. Die einzelnen dabei nach den Gesetzgebungen der Staaten in Betracht kommenden Normen pflegt man in Deutschland gegenwärtig Kollisionsnormen zu nennen, richtiger wäre die von einer Seite (Cybichowski) vorgeschlagene Benennung „Bezeichnungsnormen". Das Gesetz bezeichnet die entscheidende Gesetzgebung; eine Kollision der Gesetzgebungen liegt meist nicht vor.

Statt vom internationalen Privatrechte sprach man früher von der Lehre der Kollision oder dem Konflikte der Statuten oder Gesetze, und in der englisch-nordamerikanischen Jurisprudenz ist dieser Ausdruck auch noch nicht völlig verdrängt worden, während die deutsche Theorie wenigstens da, wo sie die Lehre als einzelnes Kapitel in einem Lehr- oder Handbuche des Privatrechts oder Prozeßrechts und nicht etwa monographisch behandelt, jetzt nach dem Vorgange Savignys von dem örtlichen Herrschaftsgebiete oder etwa auch den räumlichen oder örtlichen Grenzen der Rechtsregeln oder Rechtsnormen zu sprechen pflegt. In der Tat ist der Ausdruck „Konflikt oder Kollision der Gesetze" deshalb kein ganz geeigneter, weil er die Meinung nahelegt, als handle es sich hier um einen eifersüchtigen Kampf der

[1] Internationales Privatrecht und internationales Zivilprozeßrecht stehen in innigem Zusammenhange.

[2] Unbegründet ist der Einwand, daß ein Gericht des Staates A zwar die Gesetze dieses Staates, nicht aber die Gesetze des Staates B für zuständig erklären, also nicht zur Anwendung ausländischer Gesetze gelangen könne, da die Zuständigkeit eines anderen Staates positiv allein von diesem selbst zu bestimmen sei. Indem das Gericht des Staates A eine sachliche Entscheidung abgibt (nicht etwa die erhobene Klage wegen eigener Unzuständigkeit abweist), erklärt es, genau betrachtet, für den Anspruch, wie er zurzeit liegt, das Gesetz des Staates A für zuständig; die Zuständigkeit der Gesetze des Staates B ist dabei nur eine freilich entscheidende Vorfrage.

[3] Ungeachtet dieser prinzipiellen Bedeutung der Normen des internationalen Privatrechts, als einer Kompetenzregulierung der Gesetzgebungen der einzelnen Staaten, welche auch auf völkerrechtliche Schranken zurückführt, handelt es sich im einzelnen doch um Erwägungen, die aus der Natur der Sache sich ergeben, d. h. im Privatrechte um privatrechtliche Erwägungen. Daher erscheinen tatsächlich und praktisch die Normen des internationalen Privatrechts als privatrechtliche und werden als solche auch in der Gesetzgebung behandelt.

Territorialgesetzgebungen, welche zur möglichsten Wahrung der Souveränitätsrechte tunlichst viele Rechtsverhältnisse jede unter ihre besondere Herrschaft zu ziehen bemüht sein möchten, während doch in der weitaus größeren Mehrzahl der Fälle eine genauere Untersuchung ergibt, daß die Gesetzgebungen der verschiedenen in Betracht kommenden Länder übereinstimmend nur einer von ihnen das fragliche Verhältnis zur Entscheidung überweisen. Da nun der Ausdruck „Lehre von dem räumlichen Herrschaftsgebiete der Rechtsnormen" nicht wohl als ein leicht verständlicher bezeichnet werden kann, zugleich aber eine Bearbeitung unserer Materie lediglich aus privatrechtlichem Gesichtspunkte unzureichend erscheint, weil eben nicht unwichtige Erwägungen über die Grenzen des Souveränitätsrechts der einzelnen Staaten nach den Normen des Völkerrechts eingreifen, so empfiehlt sich der Name „internationales Privatrecht", wohl zu unterscheiden freilich von dem Völkerrechte, welches nicht die Privatrechtsverhältnisse der einzelnen Angehörigen verschiedener Staaten, sondern die Beziehungen der Staatsgesamtheiten zueinander zum Gegenstande hat. Allerdings wird nicht selten auch in Werken, welche das Privat- bzw. das Zivilprozeßrecht der einzelnen Staaten behandeln, das internationale Zivil- und Zivilprozeßrecht erörtert. Aber die abgesonderte Behandlung empfiehlt sich deshalb in wissenschaftlicher Beziehung, weil, wenn auch aus der Natur der Rechtsnormen der Einzelstaaten die Entscheidungen der hier fraglichen Fälle wesentlich mit abzuleiten sind, doch dabei, wie bemerkt, auch allgemeine völkerrechtliche Normen zu beachten sind, welche auf dem communis consensus der Völker beruhen, und denen kein Volk, das mit dem anderen in einem geordneten und friedlichen Verkehr stehen will, sich willkürlich zu entziehen vermag.

Voraussetzung eines wirklichen Systems des internationalen Privatrechts ist 1. die gegenseitige Anerkennung der Staaten als Ordner des Rechts für einen gewissen Komplex von Menschen und Sachen, eine Anerkennung, bei der man notgedrungen von dem Prinzipe ausgehen muß, daß eine Kompetenz, die wir für unseren Staat als Ordner des Rechts in Anspruch zu nehmen haben, im gleichen Falle auch einem anderen Staate einzuräumen ist; 2. die Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Ausländer auch für die Rechte, die unsere Rechtsordnung gewährt. Sofern nun irgend ein friedlicher, rechtlich geschützter Verkehr zwischen den Angehörigen verschiedener Staaten besteht, fehlt es nicht an einer wenigstens teilweisen, beschränkten Anerkennung dieser beiden Voraussetzungen. Aber erst die prinzipielle oder doch als Regel geltende Anerkennung ermöglicht eine konsequente und wissenschaftliche Ausbildung des internationalen Privatrechts.

II. Geschichte des internationalen Privatrechts.

Literatur: v. Savigny, Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter. Bd. 1. 1834. Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte. Bd. 1. 2. Aufl. 1906. Karlowa, Römische Rechtsgeschichte. Bd. 1. 1889. Lainé, Introduction au droit international privé. Bd. 1. Paris 1889. Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs. 1891. Catellani, Storia del diritto internazionale privato e dei suoi recenti progressi. Torino 1895, Teil 2. 1902. Meili, Über das historische Debüt des internationalen Privatrechts, 1899. Neumeyer, Die gemeinrechtliche Entwicklung des internationalen Privat- und Strafrechts bis Bartolus. 1. Die Geltung der Stammesrechte in Italien, 1901. Phillipson. The international law and custom of ancient Greece and Rome, 2 Bde., London 1911.

§ 2. Auch im Altertum konnte es an Rechtsregeln über den Verkehr mit Ausländern nicht fehlen. Es haben aber im Altertum die mannigfachsten Systeme der Behandlung von Ausländern und selbst der Behandlung von Inländern, die in das Ausland sich begaben, in den verschiedenen Staaten geherrscht und oft in demselben Staate gewechselt, ja hinsichtlich der Angehörigen verschiedener Staaten in einem und demselben Staate neben einander bestanden. So kann man im Altertum, insbesondere im griechischen Altertum, allgemein gültige, auch nur in den Umrissen übereinstimmende Prinzipien nicht erkennen; es hing mehr oder weniger die Behandlung der Ausländer und des Verkehres mit ihnen von wechselnden politischen Beziehungen und zeitweisen Bedürfnissen oder auch davon ab, ob es sich um Angehörige eines völlig fremden Staates, oder um solche Ausländer handelte, die man als Genossen eines größeren nationalen Ganzen betrachtete, dessen Teil auch der eigene Staat war, wie denn in den griechischen Staaten die Unterscheidung von Griechen und Bar-

baren von fundamentaler Bedeutung war. Indes findet man im römischen Rechte, wenngleich dasselbe dem Ausländer keineswegs vollständige Rechtsfähigkeit allgemein zuerkannte, doch ein gewisses System der Behandlung der Fremden. Daher besteht auch nur zwischen dem römischen Altertum der späteren Zeit und der Gestalt, welche das internationale Privatrecht im Anfange des Mittelalters annahm, bis jetzt nachweisbarer geschichtlicher Zusammenhang. Nur von dem römischen Altertum soll daher hier die Rede sein.

Von Anfang an achtete der römische Staat zwar andere Staaten als gleichberechtigte Gemeinwesen. Aber nach der Vorstellung der Römer galt das Recht der Angehörigen jedes Staates nur innerhalb der territorialen Grenzen des eigenen Staates; der Ausländer war im römischen, der Römer im ausländischen Gebiete dem strengen Rechte nach rechtlos. Wenn schon ziemlich früh Verträge mit anderen Staaten Ausnahmen machten, nach denen eine beschränkte Rechtsfähigkeit der Ausländer im römischen und der Römer im ausländischen Gebiete anerkannt wurde, so unterschied man später im römischen Rechte einen universellen und einen streng nationalen Bestandteil; die durch den universellen Bestandteil — durch das Ius gentium „quod apud omnes gentes peraeque custoditur", wie die Römer annahmen — gewährleisteten Rechte konnte der Fremde, ohne daß dabei eine Beschränkung auf Angehörige bestimmter privilegierter Staaten stattfand, erwerben, ausüben und gerichtlich verfolgen; an den Rechten, welche dem zweiten Bestandteil, dem Ius civile, zugerechnet wurden konnten nur römische Bürger teilhaben, es sei denn, daß dem Gemeinwesen, dem der Ausländer angehörte, ein Privileg beigelegt war, das Commercium, welches sich auf das Verkehrsrecht und das testamentarische Erbrecht beschränkte, oder ein weitergehendes, Commercium et connubium, welches bewirkte, daß ein Römer mit einer Angehörigen des privilegierten Staates eine Ehe mit allen Wirkungen der römischen Ehe, eine Römerin mit einem Angehörigen jenes Staates eine Ehe mit allen Wirkungen des ausländischen Rechtes eingehen konnte.

In der Regel kamen aber Streitigkeiten unter Fremden nicht vor Gerichte, bei denen römische Juristen tätig waren. Daraus erklärt sich die Dürftigkeit der uns vorliegenden Quellen im internationalen Privatrecht. Doch haben neuere Untersuchungen einige Grundsätze festgestellt. Über Familienrecht entschied das Recht der Civitas, der das Haupt der Familie angehörte, einschließlich der Gewalt über Sklaven und deren Freilassung; in der späteren Zeit scheint über die Ehe ausschließlich das Recht des Mannes entschieden zu haben, und für Geschäftsfähigkeit und Vormundschaft galt das Recht der Heimat der Person, für das Erbrecht das Heimatrecht des Verstorbenen. Nur in den seltenen Fällen, in denen Familien- und Erbrechtsverhältnisse von Fremden als I n z i d e n t f r a g e n in Betracht kamen, fand der römische Jurist Anlaß, sich mit der Anwendung auswärtigen Rechtes zu beschäftigen, und schon in der ersten Kaiserzeit begannen privatrechtliche, für das ganze Reich erlassene Gesetze das Partikularrecht einzuengen, und noch mehr mußte die Berücksichtigung anderer Rechte als des römischen sich verringern, als Kaiser Caracalla allen freien Einwohnern des römischen Reichs das römische Bürgerrecht verlieh, wodurch das römische Privatrecht auf sie anwendbar wurde. So ist in den Rechtssammlungen Justinians überhaupt von Regeln über die Anwendung abweichender Lokalrechte nicht die Rede, sondern nur von der Interpretation von Willenserklärungen nach dem Sprachgebrauch einzelner Gegenden oder Orte (vgl. z. B. 34 D. de R. I. 50, 7; 6 D. de evict. 21, 2).

§ 3. M i t t e l a l t e r. Als germanische Stämme anfangs als Bundesgenossen, später als Eroberer in dem Gebiete des römischen Staates sich ansiedelten, behielten die Bewohner der römischen Provinzen und Städte ihr bisheriges Recht, während jene ebenfalls bei ihrem Stammesrecht verblieben. So standen die verschiedenen nationalen Rechte als S t a m m e s - rechte in den verschiedenen Staaten nebeneinander, und so kam es zu dem sogenannten S y s t e m d e r p e r s ö n l i c h e n R e c h t e, einem System, das gegenwärtig da ein Analogon findet, wo Angehörige von Nationen sehr verschiedener Kultur in demselben Lande leben, wie heutzutage im englischen Indien, in Algerien. Jeder wurde beurteilt nach dem Rechte des Stammes, dem er durch Abstammung angehörte; nach diesem Rechte wurde er beerbt, veräußerte, erwarb und verpflichtete er sich, so daß bei zweiseitigen Rechtsgeschäften unter den Angehörigen verschiedener Stämme die Vorschriften jedes der betreffenden Volksrechte be-

obachtet werden mußten. Der Wohnsitz war dabei ohne Einfluß. Daraus entspringende Unsicherheiten suchte man bei urkundlich abgefaßten Rechtsgeschäften durch die (später sogen.) Professiones iuris zu beseitigen, d. h. durch besondere Erklärungen der Parteien über das Recht, nach welchem sie lebten.

Ursprünglich galt dies System nur für die innerhalb desselben Reiches vereinigten Angehörigen verschiedener Stämme und Nationalitäten; Fremde waren ursprünglich auch nach germanischem Rechte rechtlos und erlangten Rechtsschutz nur durch dem Volke angehörende Gastfreunde und in allgemeinerer Weise durch die Könige der germanischen Staaten. Aber bei Angehörigen verwandter Stämme war doch tatsächlich von Rechtlosigkeit nicht die Rede, und namentlich wurde, besonders infolge der Vereinigung sehr verschiedener Volksstämme in dem großen Frankenreiche das System der persönlichen Rechte das allgemeine Prinzip dessen, was wir heutzutage internationales Privatrecht nennen.

Als aber nach Auflösung des großen Frankenreiches die Grenzen der einzelnen Staaten wieder stabiler wurden und die einzelnen Völker und Stämme sich wieder strenger schieden, verschwand allmählich das System der persönlichen Rechte als Ganzes. Die Aufnahme in ein bestimmtes Gemeinwesen trat an die Stelle der reinen Abstammung, und durch freie Vereinbarung wie durch einseitigen Willen eines großen Grundherrn ward das besondere innerhalb eines kleineren Gemeinwesens geltende Recht für die Personen wie für die in dem Bezirke befindlichen unbeweglichen Sachen begründet, und durch einzelne Handlungen, Kontrakte und Delikte unterwarf man sich dem Rechte eines bestimmten Bezirkes. Dabei erlangte jedoch infolge der Ausbreitung des Lehnswesens wie gewisser Grundsätze des germanischen Privatrechts die Lex rei sitae eine weitreichende Bedeutung. Französische Autoren überschätzen dies jedoch, wenn sie geradezu von einer damals herrschenden prinzipiellen Territorialität des Rechts sprechen. Die einzelnen kleineren Gemeinwesen, die innerhalb der größeren Reiche wieder eine weitgreifende Autonomie zu erlangen pflegten, suchten dabei, ebenso wie die größeren Reiche selbst, meist in mannigfacher Weise die Rechtsfähigkeit der Fremden zu beschränken, wogegen diese, wenn sie geschickt waren und ihr heimatliches Gemeinwesen ihnen wirkungsvollen und kräftigen Schutz angedeihen lassen konnte, oft wieder weitgreifende Privilegien erlangten, so namentlich die Angehörigen der deutschen Hansa in England, Norwegen usw., so daß sie selbst vor den Angehörigen dieser Staaten in deren eigenem Lande eine bevorzugte Stellung genossen.

Indes war im Mittelalter nicht mehr von völliger Rechtlosigkeit der Ausländer die Rede — ein sich länger erhaltender Rest dieser Rechtlosigkeit war das sogen. Jus albinagii, das Recht des Landesherrn, den Nachlaß eines im Lande verstorbenen Fremden einzuziehen, ein Recht, das nachher in die Erhebung einer Abgabe vom Nachlasse (Gabella hereditaria) sich verwandelte —, jedenfalls nicht, sofern diese dem christlichen Glauben angehörten, ebenso wenig aber von einer Territorialität des Rechts in dem Sinne, daß in den verschiedenen Territorien lediglich deren Recht auch für Ausländer zur Anwendung gekommen wäre. Wenn Lehnrecht und Hörigkeit auch meist dazu führten, daß Vererbung von Grundstücken und eherechtliche Verhältnisse, sofern diese Wirkung für Grundstücke haben sollten, nach dem Gesetze des Orts der Sache beurteilt wurden, und oft Erwerb von Grundstücken, ebenso längerer Aufenthalt in einem Gebiete die volle Unterwerfung der Person unter das Recht des Gebiets zur Folge hatte, so war das Mittelalter doch weit entfernt von der Idee einer unbeschränkten territorialen Souveränität, kraft deren man die Berücksichtigung auswärtigen Rechtes rücksichtslos hätte ausschließen können.

§ 4. Statutentheorie (Ausgang des Mittelalters bis Ende des 18. Jahrhunderts). Vielmehr entwickelten italienische Juristen (Postglossatoren), unter denen auch im internationalen Privatrechte Bartolus eine hervorragende Stelle einnimmt, nach und nach die sogenannte Statutentheorie, der wesentlich die Idee der freiwilligen Unterwerfung zugrunde gelegt wurde. Durch Erwählung des Domizils unterwirft man sich in Ansehung der die Person betreffenden Rechtssätze den am Orte des Domizils geltenden Gesetzen (Statuta personalia): für Rechte an unbeweglichen Sachen ist das an deren Orte geltende Recht (Statuta realia), für Handlungen das Recht des Orts maßgebend, an welchem die Handlungen vorge-

nommen werden (Statuta mixta). Bei beweglichen Sachen gab die leichte und häufige Veränderung ihres Ortes, die Schwierigkeit, in erbrechtlichen Fällen auf einen zerstreuten Komplex verschiedenes Recht je nach der örtlichen Lage der einzelnen Gegenstände anzuwenden, Anlaß zu der Regel: „Mobilia personam sequuntur“ oder „Mobilia ossibus inhaerent“, d. h. das Recht der beweglichen Sachen ist abhängig von dem Rechte, welches gilt am Domizil der berechtigten Person, insbesondere in Beerbungsfällen von dem Rechte des Erblassers.

So einfach indes diese Theorie erscheint, welche, im 16., 17. und 18. Jahrhundert namentlich von französischen und niederländischen Juristen ausgebildet, auch in Deutschland zur Geltung gelangte, so zweifelhaft und bestritten war sie in ihrer Anwendung im einzelnen. Gesetze und Rechtssätze, welche anscheinend nur das sogenannte Personenrecht betreffen, äußern ihren Einfluß auf die Gültigkeit von Rechtshandlungen und den Erwerb von Rechten an Sachen, und wie das bekannte, nicht selten verspottete Beispiel des Bartolus schon zeigt — der je nach den Worten eines die Erbschaft betreffenden Statuts „Primogenitus succedat“ oder „Immobilia veniant ad primogenitum“ die Erbfolge nach der Lex domicilii, dem Gesetze des Wohnortes (hier des Erblassers), oder nach der Lex rei sitae, dem am Orte der Sache geltenden Rechte, beurteilen wollte — ist es in der großen Mehrzahl der Fälle nicht sehr schwer, einen und denselben Rechtssatz in verschiedenen Wortfassungen wiederzugeben, von denen z. B. die eine direkt von Personen, die andere von Sachen redet. Nicht selten wurde auch die Einteilung nicht von dem Gegenstande der verschiedenen Rechtssätze hergenommen, sondern von den Wirkungen derselben, ein Rechtssatz, dem eine über das Territorium des Gesetzgebers hinausreichende Wirkung beigelegt ward, heißt dann ein Statutum personale, ein Rechtssatz, dessen Wirksamkeit streng auf das Territorium des Gesetzgebers beschränkt ward, dagegen Statutum reale; statuta mixta haben teilweise diese, teilweise jene Wirksamkeit, oder aber sie werden als solche bezeichnet, die die Form der Handlungen betreffen. Zuweilen ist es auch schwer, bei dem einzelnen Schriftsteller festzustellen, in welchem Sinne er sich der fraglichen Einteilungen bedient; bei manchen kommen die Kategorien der Statuta personalia, realia und mixta in diesem und jenem Sinne vor; unter Statuta mixta werden auch wohl Rechtssätze verstanden, die Personen und Handlungen betreffen.

Ursprünglich war man von der Voraussetzung als einer selbstverständlichen ausgegangen, daß die Gesetzgebung, welche man mehr als autonome Abweichung von dem gemeinen (römischen), durch Kaiser und Papst zusammengehaltenen Rechte des Christentums denn als eine vollkommen souveräne betrachtete, über nicht-einheimische Personen und außerhalb des Territoriums belegene Sachen, über außerhalb des Territoriums vorgenommene Handlungen Bestimmungen nicht treffen könne. Die allmählich aufkommende Idee der vollen Souveränität der Einzelstaaten ließ erkennen, daß der Gesetzgeber, wenn er wollte, seinen Gerichten die Anwendung des nicht-einheimischen Rechtes überhaupt verbieten könnte. Wenn man die Fremden nicht geradezu berauben, vielmehr mit ihnen in geordnetem Verkehr leben und sie im allgemeinen, wie es der Idee des Christentums und des christlichen Weltreiches entsprach, als rechtsfähig gleich den Einheimischen anerkennen wollte, so war allerdings eine gewisse Rücksichtnahme auf ausländisches Recht, z. B. bei Beurteilung eines im Auslande gemachten Rechtserwerbes, notwendig. Sie erschien aber nun als freiwillige Konzession des territorialen Gesetzgebers, als eine Folge der freundlichen Rücksicht, der Comitas nationum, wie man sich ausdrückte. Nicht selten wurde dann diese comitas unrichtig als eine Art von Gefälligkeit gedeutet, die man mehr oder weniger willkürlich und beliebig beschränken oder aufheben könne, und so die Theorie der Anwendung fremden territorialen Rechts gerade infolge einer an sich richtigeren und strengeren Auffassung der Souveränität der Einzelstaaten noch mehr in Verwirrung gebracht.

Ungeachtet der wenig einladenden, nicht selten abschreckenden und geistlosen theoretischen Begründung und Verbrämung haben jedoch die besseren Schriftsteller der genannten drei Jahrhunderte, von denen z. B. d'Argentré, die Niederländer Rodenburg, Huber, Paul Voet und Johann Voet, im achtzehnten Jahrhundert die Franzosen Bouhier und Boullenois hervorzuheben sind, die Entscheidungen vieler einzelner Fragen unzweifelhaft richtig und auch so getroffen, daß sich eine ziemlich sichere Tradition bildete. Die Übereinstimmung, selbst in Ansehung mancher Entscheidungsgründe, erscheint noch erheblicher,

wenn man sich die Mühe gibt, zu untersuchen, welche Partikularrechte die einzelnen Schriftsteller vorzugsweise vor Augen hatten, und wenn man dabei bedenkt, daß germanische und römische Auffassung, z. B. des Erbrechts, des ehelichen Güterrechts, eine verschiedene Geltung des territorialen Rechts bedingen können.

Auf dem Boden der Statutentheorie, wie wir jene Theorie kurz wohl nennen dürfen, stehen wie der Codex Maximilianeus Bavaricus von 1756 so auch das Preußische Allgemeine Landrecht, der Code civil und das Österreichische Bürgerliche Gesetzbuch, und selbst in neuester Zeit begegnet man in der nicht-deutschen Literatur wie in den Urteilen nicht-deutscher Gerichtshöfe (namentlich auch der französischen) Ausführungen darüber, ob ein Gesetz als Personal- oder Realstatut usw. zu betrachten sei. Freilich will man damit nicht sowohl die Frage entscheiden, ob der betreffende Rechtssatz über Personen oder Sachen oder Handlungen Bestimmung gebe, als vielmehr die Frage der extraterritorialen oder nicht-extraterritorialen Wirksamkeit des Rechtssatzes, und bei genauerer Untersuchung findet man, daß schließlich die Statutentheorie da, wo sie noch festgehalten wird, oft nur eine äußere Einkleidung bildet für die nach Einzelerwägungen der Zweckmäßigkeit, nach Untersuchungen über den Willen des Gesetzgebers getroffene Entscheidung, freilich auch, daß sie, wie bei dem Festhalten unklarer oder mehrdeutiger Terminologie leicht der Fall ist, nicht selten in gefährlicher Weise irreführt.

§ 5. Gegenwärtige Theorien. Schon im 18. Jahrhundert blieben einzelnen Schriftstellern die Schwächen der Statutentheorie nicht verborgen, und später versuchte z. B. Eichhorn (Einleitung in das deutsche Privatrecht. 1. Aufl. 1823) mittels des (auf einem fehlerhaften Zirkel beruhenden) Prinzips des Schutzes wohlerworbener Rechte in Verbindung mit einer weitreichenden Anerkennung der Wirksamkeit der Lex domicilii der Parteien wie der freiwilligen Unterwerfung der Beteiligten ein System des internationalen Privatrechts zu konstruieren. Aber erst C. G. v. Wächter erwies in einem umfangreichen, geistreichen Aufsatze (Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 24 u. 25. 1841/42), der zugleich an der älteren romanistischen und deutschen Literatur gründlich Kritik übte, die innere Haltlosigkeit der Statutentheorie und die zahllosen Widersprüche und Inkonsequenzen ihrer Vertreter und stellte als neues Prinzip den Satz auf, daß einerseits der über einen Rechtsstreit urteilende Richter zwar stets gebunden sei an den erklärten Willen des Gesetzgebers, dessen Organ er nur sei, daß aber anderseits Sinn und Geist der einzelnen Rechtsnorm über ihre Anwendung auf Rechtsverhältnisse, die zum Auslande in Beziehung stehen, entscheide. Wenn auch Wächter, zu einseitig von romanistischen Anschauungen ausgehend, dem germanistischen Rechtssysteme nicht gerecht wird, auch ausländische Literatur und Praxis nicht berücksichtigt, so war doch die verkehrte scholastische Methode abgestreift und der richtige Ausgangspunkt angedeutet, freilich noch nicht mit genügender Klarheit und insbesondere verdunkelt und beeinträchtigt durch den von Wächter gleichzeitig aufgestellten und in sehr weitem Umfange benutzten Satz, daß im Zweifel der Richter lediglich die Gesetze seines eigenen Landes (die sogenannte Lex fori) anzuwenden habe.

Wächters Aufsatz erlangte nur eine wesentlich kritische, negative Bedeutung. Was er als Sinn und Geist des Gesetzes bezeichnet hatte, erschien zu unbestimmt und subjektiv, und der zuletzt angeführte irrige Satz, der dem inländischen Rechte gegenüber dem ausländischen eine allzu abwehrende, fast feindliche Stellung anwies, mußte in vielfachen Beziehungen zu unbefriedigenden Ergebnissen führen.

Dagegen hat Savigny — der weniger bedeutende Versuch, das internationale Privatrecht zu konstruieren, von Schäffner (Entwicklung des internationalen Privatrechts 1841) kann hier nicht kritisiert werden — unter Zurückweisung der von Wächter für die Anwendung der lex fori aufgestellten Präsumtion den völkerrechtlichen Hintergrund des internationalen Privatrechts, „die völkerrechtliche Gemeinschaft" hervorhebend, das internationale Privatrecht auf den Satz zu gründen unternommen, es sei für jedes Rechtsverhältnis dasjenige Rechtsgebiet aufzusuchen, welchem dieses Rechtsverhältnis seiner eigentümlichen Natur nach angehört oder unterworfen ist, oder, wie ein mehr bildlicher Ausdruck lautet, das Rechtsgebiet, in welchem das Rechtsverhältnis seinen Sitz hat. Zugleich begann Savigny, französische und englisch-nordamerikanische Literatur für das internationale Privatrecht nutzbar zu machen und einzelne

Fragen genauer, als bis dahin in der deutschen Literatur der Fall war, zu erörtern. Savignys Lehre ist, was den allgemeinen Grundsatz betrifft, in der deutschen Literatur des internationalen Privatrechts die zweifellos herrschende geworden, hat auch im Auslande viele Anhänger gewonnen und allgemeinste Beachtung gefunden, und kein Schriftsteller, der sich in irgend umfassender Weise mit dem internationalen Privatrechte beschäftigt, wird an ihr, ohne sie zu würdigen, vorbeigehen können.

Gleichwohl bedarf Savignys Lehre der Rektifikation und Vervollständigung in einigen erheblichen Beziehungen. Savigny spricht von der völkerrechtlichen Gemeinschaft, aus der die Zulassung auswärtiger Rechtsnormen als Rechtspflicht der einzelnen Staaten, wie er mit Recht sagt, und nicht etwa nur als Sache bloßer Gefälligkeit folgt. Aber die wichtige negative Seite dieser Anerkennung der völkerrechtlichen Gemeinschaft, d. h. der Souveränität der anderen Staaten in den völkerrechtlichen Grenzen, mit anderen Worten die Ableitung gewisser die Anwendung des inländischen Rechtes in wichtigen Fällen völkerrechtlich ausschließender Schranken fehlt, und selbst die positiven Folgerungen aus jener Anerkennung völkerrechtlicher Gemeinschaft sind unzureichend, und der eigentliche Grundsatz für die Nichtanwendung des inländischen, die Anwendung eines bestimmten ausländischen Rechtes in den einzelnen Fällen ist mehr angedeutet als ausgesprochen. Die Natur der Sache bedeutet hier: Aufsuchen des gesetzgeberischen immanenten Zweckes der einzelnen Rechtsnormen und Beantwortung der Frage, ob dieser Zweck die Anwendung des inländischen oder etwa eines bestimmten ausländischen Rechtes verlangt. Dabei ist zugleich zu berücksichtigen die allgemeine Rechtssicherheit, die Möglichkeit eines geordneten Verkehrs mit dem Auslande — man wird z. B. nicht leicht annehmen können, der Gesetzgeber habe die Beteiligten einem Gesetze unterwerfen wollen, dessen Anwendung sie in keiner Weise vorhersehen konnten —, die im internationalen Verkehre wichtige Reziprozität und andererseits die nahe liegende Möglichkeit, daß andere Staaten bei Überspannung der Wirksamkeit unserer Gesetze zu äußerst schädlichen Gegenmaßregeln gedrängt werden, endlich und nicht zum wenigsten die etwa bewährte Tradition nicht nur der inländischen Jurisprudenz, sondern auch derjenigen Länder, deren Gesetze für die fraglichen Fälle mit den unsrigen auf gleicher oder annähernd gleicher Grundlage beruhen. Selbstverständlich muß der Richter aber der für den fraglichen Fall in der eigenen Gesetzgebung seines Landes gegebenen Vorschrift und selbst der nicht ausdrücklichen, vielmehr nur aus dem Zusammenhange zu folgernden, stillschweigend erteilten Vorschrift dieser Gesetzgebung gehorchen. Wo dies letztere aber nicht zutrifft, müssen ähnlich wie dies bei dem Jus gentium der Römer der Fall war (vgl. Karlowa, Römische Rechtsgeschichte I, S. 452) jene allgemeinen Erwägungen entscheiden (vgl. auch jetzt Planck, Kommentar zum BGB., Einführungsgesetz des BGB., allgemeine Bemerkungen zu Art. 7, 31), und nicht ist, was auch jedweder Tradition und Praxis widersprechen würde, dem Richter hier eine absolut freie Entscheidungsgewalt gegeben, wenn auch manche Unsicherheiten und Zweifel — in welcher Rechtsmaterie fehlen diese völlig? — nicht ausgeschlossen sind. Wie aber einerseits die hervorgehobene Beziehung zum Völkerrechte nicht geleugnet werden kann, so ist es anderseits nicht möglich, wenigstens zurzeit und auf absehbare Zeit nicht möglich, auch nur die allgemeinen Umrisse oder die Grundlagen eines Systems des internationalen Privatrechts wesentlich aus den Normen des Völkerrechts abzuleiten, oder, wie freilich Zitelmann will, ein sog. überstaatliches (ideales) internationales Privatrecht aufzustellen.

Eine andere theoretische Grundlage hat dagegen die neue italienische Literatur genommen. Seit einer berühmten Rede Mancinis (Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti) wird mehr oder weniger von der italienischen Literatur, welche übrigens auf dem Gebiete des internationalen Rechts und insbesondere auf dem des internationalen Privatrechts in den beiden letzten Jahrzehnten sehr tätig gewesen ist und einen ehrenvollen Platz sich erobert hat, als Ausgangspunkt für die Behandlung des internationalen Privatrechts die Nationalität der Person betrachtet, und dieser neuen Grundauffassung hat sich dann der belgische Jurist Laurent, zum Teil mit recht bedenklichen Argumenten und vielleicht teilweise ebenso bedenklichen Resultaten, angeschlossen, sie überhaupt überspannt. Auch französische Autoren, z. B. Weiß, haben Mancinis Prinzip angenommen. Das Recht der einzelnen Persönlichkeit im Auslande wird als ein Ausfluß ihrer Nationalität und somit als etwas betrachtet,

was sie auch in das Ausland mitnimmt, wie das Blut, wie Laurent sagt, welches die Adern, und das Mark, welches die Knochen füllt. Aber dieser von selbst gegebenen Anwendung des heimatlichen Rechtes der Person steht das öffentliche Recht des Territoriums beschränkend gegenüber, in welchem die Person sich aufhält oder Rechte geltend machen will. Die Individuen können ihr Recht dem Rechte der Gesellschaft entgegenhalten; wenn aber etwas den Inländern untersagt ist, so muß solches Verbot jedenfalls auch für die Fremden gelten. Und ferner können sich die Parteien auch einem bestimmten territorialen Rechte unterwerfen, soweit eben ihre freie Disposition reicht. Dies aber geschieht nicht nur ausdrücklich, sondern auch stillschweigend, und es ist die Aufgabe des Gesetzes und des Rechtes (des Richters), diesen präsumtiven Willen der Parteien zu erforschen.

Indes bei allen Gesetzen läßt sich ein öffentliches Interesse nachweisen, und gewiß nicht am wenigsten bei denjenigen Gesetzen, welche nach der Theorie Mancinis und Laurents das Individuum in das Ausland begleiten sollen, z. B. den Gesetzen, die das Familienrecht, die Geschäftsfähigkeit betreffen; denn gerade hier handelt es sich oft um Rechtssätze, die als „Ius publicum quod privatorum pactis mutari nequit" angesehen werden. Der Wirksamkeit des zweiten Prinzips, durch welches das erste begrenzt werden soll, läßt sich also, genau betrachtet, gerade eine bestimmte Grenze nicht anweisen, und jene Theorie ist daher in sich selbst widersprechend und ungeeignet, andere als willkürliche Lösungen der einzelnen Fragen des internationalen Privatrechts zu liefern. Endlich aber ist es auch unrichtig, das sogenannte dispositive Recht, das freilich dem erklärten Parteiwillen nachgibt, zurückzuführen auf den präsumtiven oder den stillschweigend erklärten Willen der Parteien. Das sogenannte dispositive Recht ist vielmehr — und darüber dürfte die deutsche Rechtswissenschaft jetzt ziemlich einig sein — das, was nach Ansicht des Gesetzgebers im allgemeinen aus der Natur der Sache folgt, was aber die Parteien nach ihren individuellen Wünschen und Bedürfnissen ändern können. Das dritte Prinzip Laurents führt also zurück auf Savignys Prinzip der Entscheidung nach der Natur der Sache.

Man darf aber den Einfluß der allgemeinen — von der neuen italienischen Schule, der übrigens keineswegs alle namhaften Autoren in Italien angehören — aufgestellten Theorie auf die wirkliche Lösung der einzelnen Fragen des internationalen Privatrechts nicht zu hoch veranschlagen. Hier werden vielmehr meist Gründe geltend gemacht, die der Natur der Sache entnommen sind, und die allgemeine Theorie bildet dann nur eine äußere Etikette für diese wahrhaft entscheidenden Gründe. Ganz unschädlich ist sie freilich nicht: sie kann irreführen. Anderseits hat die italienische Schule nicht unwesentlich dazu beigetragen, der Berücksichtigung der sogenannten Nationalität oder Staatsangehörigkeit im internationalen Privatrechte an Stelle des früher maßgebenden Domizils in vielen Staaten den Weg zu ebnen. Im allgemeinen aber gelangt die neuere französisch-italienische Jurisprudenz zu Ergebnissen, welche von denjenigen der deutschen Wissenschaft und Praxis nicht in allzu vielen und wichtigen Punkten abweichen. Trotz mancher Differenzen herrscht tatsächlich in den Einzeluntersuchungen die richtige Auffassung und Methode [1].

Dagegen ist ein ziemlich tiefgreifender Gegensatz vorhanden zwischen der Behandlung des internationalen Privatrechts in der englisch-nordamerikanischen Jurisprudenz einer- und in der Jurisprudenz des europäischen Kontinents anderseits, welcher letzteren sich übrigens auch mehrere außereuropäische Länder mehr oder weniger angeschlossen haben. Die englisch-nordamerikanische Jurisprudenz, großenteils noch beherrscht von den Traditionen des Lehnrechts, betrachtet in weit größerem Umfange das am Orte der Immobilien geltende Recht als maßgebend, obwohl dies in vielfachen Beziehungen den modernen Verhältnissen nicht ent

[1] Eine gewisse Verwandtschaft mit der italienisch-französischen Theorie, aber auch mit dem Naturrecht früherer Jahrhunderte, zeigt die etwas verwickelte, hier nicht vollständig zu erörternde Theorie Zitelmanns. Z. unterscheidet allgemeines überstaatliches (ideales) und andererseits innerstaatliches internationales Privatrecht. Für das erste kommt es darauf an, das Herrschaftsgebiet der Personalhoheit und das Herrschaftsgebiet der Gebietshoheit gegeneinander nach völkerrechtlichen Normen abzugrenzen, wobei das erstere als das meist maßgebende erscheint (Nationalitätsprinzip und Ordine pubblico oder Ordre public!). Für das innerstaatliche internationale Privatrecht ist die Gesetzgebung der einzelnen Staaten maßgebend. Durch internationale Konventionen kann auch ein besonderes überstaatliches internationales Privatrecht geschaffen werden.

spricht. Nach und nach macht aber eine größere Annäherung an die Jurisprudenz der anderen Staaten sich bemerklich, wie dies namentlich die Werke von Westlake und Wharton zeigen.

Alles in allem genommen weist die Behandlung des internationalen Privatrechts einen erfreulichen Fortschritt auf. Die französische und die italienische Literatur sind reich an trefflichen Untersuchungen einzelner wichtiger Fragen, und die Unsicherheit ist auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts keineswegs so groß, wie eine von vereinzelten Schriftstellern gehegte pessimistische Auffassung glauben machen möchte. Sehr förderlich sind in dieser Beziehung gewesen die Beratungen und Beschlüsse des 1873 gegründeten Institut de droit international [1] und für das Deutsche Reich die auch im Auslande hochangesehenen Entscheidungen des Deutschen Reichsgerichts.

Auch durch Verträge, welche einheitlich zwischen einer größeren Anzahl von Staaten abgeschlossen wurden [2], hat man in neuester Zeit das internationale Privatrecht in einigen Materien festzustellen und fortzubilden unternommen. So sind auf Konferenzen, die in den Jahren 1893 bis 1905 im Haag stattfanden, internationale Abkommen zustande gekommen [3] über Eheschließung, Rechte und Pflichten von Ehegatten und Vermögensverhältnisse der Ehegatten, Ehescheidung, Vormundschaft über Minderjährige, Entmündigung und gleichartige Fürsorgemaßregeln, über Zivilprozeß (jedoch nur über Zustellungen, Ausführung von Beweiserhebungen in einem anderen Lande, Beseitigung der sonst Ausländern obliegenden Verpflichtung zur Sicherheitsleistung für die Prozeßkosten und andererseits Zulassung der Angehörigen der Vertragsstaaten zum Armenrechte). Zu den Vertragsstaaten gehören zur Zeit neben einer Anzahl anderer Staaten des europäischen Kontinents das Deutsche Reich, Frankreich, Belgien, die Niederlande, Italien, Schweden, die Schweiz. Diese Verträge gelten aber nur für die bezeichneten Angelegenheiten von Angehörigen der Vertragsstaaten und für das Verhältnis der Gerichte dieser Staaten untereinander. Hiernach kann von einer wirklich allgemeinen Regelung der Vertragsmaterien nicht die Rede sein, um so weniger, als das große Gebiet des englisch-nordamerikanischen Rechts und die Türkei, wie sämtliche außereuropäische Gebiete — auch die Kolonialgebiete der Vertragsstaaten — ausgeschlossen sind, und Rußland nur dem Zivilprozeßabkommen beigetreten ist. Außerdem finden sich in dem wichtigsten dieser Abkommen (über Eherecht) Vorbehalte für tief eingreifende abweichende Bestimmungen der Vertragsstaaten. Das internationale Privatrecht ist also durch diese Abkommen zwar in manchen Beziehungen besser festgestellt, in anderen Beziehungen aber verwickelter geworden, da nun das internationale Privatrecht zwischen Vertragsstaaten und andererseits zwischen einem Vertragsstaate und einem außerhalb der Verträge stehenden Staate ein verschiedenes ist.

Außerdem gibt die Wortfassung der Konventionen selbst und das Verhältnis ihrer Bestimmungen zu den Gesetzen der Vertragsstaaten Anlaß zu Schwierigkeiten und neuen Kontroversen. (Vgl. indes unten Wechsel- und Seerecht.)

Das Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch des Deutschen Reichs bezeichnet für das internationale Privatrecht insofern einen bedeutungsvollen Fortschritt, als darin viele Ergebnisse der neuesten Entwicklung der Wissenschaft des internationalen Privatrechts zum ersten Male eine gesetzliche Sanktion erhalten haben, wenngleich (vgl. unten § 16) einige Willkürlichkeiten zu bemerken sind. Ein japanisches Gesetz von 1898 hat in mehrfachen Beziehungen Grundsätze angenommen, die sich in dem EG. zum BGB. finden.

[1] Vgl. Annuaire de l'Institut de droit international seit 1877 in Brüssel erscheinend und die Brüsseler Revue de droit international et de législation comparée. — Die Verhandlungen und Beschlüsse der ebenfalls 1873 gegründeten Association for the Reform and Codification of the Law of nations, jetzt International Law Association kommen für internationales Privatrecht bis jetzt (26. Report 1910) in handelsrechtlichen Materien (besonders Seerecht) in Betracht.

[2] Einen bemerkenswerten Versuch zu einer sehr umfassenden Regelung des internationalen Privatrechts machte 1888/89 ein zu Montevideo zusammenberufener Kongreß südamerikanischer Staaten. Beschlüsse dieses Kongresses sind jedoch nur in einigen dieser Staaten zur Geltung gelangt.

[3] In den Verträgen ist denjenigen Staaten, welche an den betreffenden Konferenzen teilgenommen haben, gestattet, später noch beizutreten.

[4] Bogeng, Die Haager Abkommen über internationales Privat- und Zivilprozeßrecht. Textausgabe mit Einleitung und Anmerkungen, 1908.

III. Allgemeine Grundsätze.

§ 6. Rechtspflicht, unter gewissen Voraussetzungen nach auswärtigem Rechte zu entscheiden. Eine solche besteht der richtigen Ansicht nach; die Anwendung auswärtigen Rechts im zivilisierten, im allgemeinen internationalen Kulturverkehr stehenden Staaten ist nicht Sache bloßer Gefälligkeit, der Comitas nationum in diesem Sinne, so daß man ganz willkürlich die Anwendung auswärtiger Rechtsnormen ausschließen oder dieselbe hier und da zu einem Austauschartikel für andere internationale Gefälligkeiten machen könnte. Man muß aber genau unterscheiden die Stellung des Gesetzgebers und die Stellung des Richters. Der Richter ist nur ausführendes Organ des Gesetzgebers; er schuldet diesem unbedingten Gehorsam; wenn der Gesetzgeber in noch so verkehrter Weise die Anwendung ausländischen Rechts verbieten sollte, so würde, solange das fragliche Gesetz dauern würde, dieses Verbot doch für alle von den Gerichten dieses Staates zu entscheidenden Rechtsstreitigkeiten, beurteilt nach innerstaatlichem Rechte, formelles Recht [1] sein. Absolut betrachtet kann also ein Staat, solange er souverän ist, die Anwendung fremden Rechts bei seinen Gerichten ausschließen, und daraus folgt, daß bei jedem Prozeß der Richter in Ansehung der Frage, ob er ausländisches Recht und welches er anzuwenden habe, zunächst an das Gesetz seines Staates gewiesen ist, daß zunächst also immer die sogen. Lex fori entscheidet, und daß erst beim Schweigen dieses Gesetzes oder im Falle nicht ausreichender Erklärung auf allgemeine Grundsätze gegriffen werden darf, daß daher auch vorsichtige Erörterung der einzelnen Fragen des internationalen Privatrechts niemals die Lex fori sowie die Möglichkeit außer acht lassen darf, daß das fragliche Rechtsverhältnis durch Zufall vor dem Richter dieses oder jenes Landes zur Beurteilung gebracht werden kann.

Allein es würde sich fragen, ob die übrigen Staaten und die ausländischen Gerichte alle und jede Urteile jenes Staates, die in souveräner Nichtbeachtung ihrer Gesetze und ihres Rechts ergangen wären, zu respektieren hätten. Und diese Frage wäre zu verneinen: ein Staat, der fremden Gesetzen alle und jede Wirksamkeit abspräche, hätte auch keinen Anspruch, daß die Urteile seiner Gerichte von anderen Staaten respektiert würden; denn die Urteile der Gerichte empfangen ihre Autorität nur durch die Autorität der Gesetze. Ein Staat also, der seinen Gerichten prinzipiell die Anwendung ausländischen Rechtes verbieten wollte, würde einerseits nicht selten seine Gerichte Urteile fällen lassen, die tatsächlich nicht zur Ausführung kommen würden, tatsächlich nicht gelten würden — wie z. B., wenn ein Gericht des Staates A jemandem an einem im Staate B belegenen Grundstücke ein Recht zusprechen wollte, welches nach der in B geltenden Gesetzgebung juristisch unmöglich ist —, anderseits aber die allgemeine Rechtsverwirrung organisieren; denn infolge jenes exorbitanten Verbotes würde der im Prozesse Unterliegende nicht unterlassen, sobald er faktisch im Auslande in der Lage wäre, jenes Urteil mit allen Konsequenzen als nichtig darzustellen, ja diese Nichtigkeit möglicherweise zu einem positiven prozessualen Angriffe auf das Vermögen des Gegners, vielleicht auch der Rechtsnachfolger desselben, zu benutzen. Und da unter Umständen vollkommene Nichtachtung des ausländischen Rechts, z. B. bei einem im Auslande gemachten Erwerbe, geradezu in Beraubung fremder Staatsangehöriger ausarten könnte, so würde ein Staat, der die Anwendung ausländischen Rechts seinen Gerichten überhaupt verbieten wollte, sich selbst diplomatischen Reklamationen und völkerrechtlichen Zwangsmitteln aussetzen. Für jeden Staat also, der seinen Angehörigen einen geordneten Verkehr mit dem Auslande, Fremden mit ihrem Gute den Eintritt in sein Gebiet gestattet, ist eine gewisse Rücksichtnahme auf ausländisches Recht unbedingte Rechtspflicht schon nach völkerrechtlichen Grundsätzen. Und diese jetzt wohl von fast allen namhaften Schriftstellern anerkannte Rechtspflicht ergibt sich auch aus vernünftiger Betrachtung des Rechts selbst, dem der jedesmal urteilende Richter untersteht. Jedes vernünftige

[1] Dies würde selbst dann gelten, wenn ein Staat Gesetze erlassen würde, welche von ihm mit anderen Staaten geschlossene Verträge verletzen. Aber andere Staaten haben das Recht, dagegen diplomatisch Einspruch zu erheben, falls ihre oder ihrer Angehörigen Rechte dadurch geschädigt werden, und sie haben das Recht, der richtigen Ansicht zufolge, auch dann, wenn zwar Verletzung eines internationalen Vertrags nicht vorliegt, wohl aber zweifellos eine Kompetenzüberschreitung stattgefunden hat — was tatsächlich nur in seltenen Fällen zu beweisen wäre — oder das Gesetz eine Art von Beraubung der Ausländer enthalten würde.

Recht muß von der Ansicht ausgehen, daß der Prozeß nicht dazu bestimmt ist, neue Rechte zu schaffen, sondern vorhandene klarzustellen. Das Gegenteil würde aber die Folge sein, wenn der Richter prinzipiell stets sein eigenes Gesetz, das Gesetz des Prozeßortes, anwenden wollte, an welches die Parteien, z. B. als das fragliche Rechtsverhältnis entstand, oft gar nicht einmal denken konnten.

Daraus ergibt sich weiter, daß das internationale Privatrecht, wie es einerseits freilich auf dem freundnachbarlichen Verkehr, der Comitas nationum in diesem Sinne, ruht — ein sich absolut isolierender Staat, aber auch nur dieser, könnte jede Rücksichtnahme auf ausländisches Recht ausschließen —, so andererseits einen Teil des in jedem Kulturstaate wirklich geltenden Rechtes bildet, daß also verkehrte Anwendung wie verkehrte Nichtanwendung der Grundsätze des im Staate geltenden internationalen Privatrechts einer Verletzung einer anderen privatrechtlichen Rechtsnorm gleichsteht. Wenn also § 549 der deutschen Zivilprozeßordnung (Redaktion von 1898, früher § 511) für die Zulässigkeit des Rechtsmittels der Revision, abgesehen von deren sonstigen Voraussetzungen als Regel verlangt, daß die Rechtsnorm, deren Verletzung im Wege der Revision gerügt wird, in dem Bezirke des betreffenden Oberlandesgerichts gelten müsse, so wird diesem Erfordernisse entsprochen, wenn ein Satz des internationalen Privatrechts, wie letzterer nach deutschem Rechte aufzufassen ist, verletzt wurde. Dabei ist zu bemerken, daß nach ZPO. § 550 (512) eine jede, auch eine erst aus dem Zusammenhange zu folgernde Rechtsnorm als Gesetz im Sinne des § 549 gilt. Der Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts unterliegt also das internationale Privatrecht in sehr weitem Umfange, während der französische Kassationshof nur insofern über das von französischen Gerichten anzuwendende internationale Privatrecht urteilt, als der betreffende Satz des internationalen Privatrechts auf ein Gesetz im eigentlichen Sinne zurückgeführt werden kann, eine Begrenzung, die allerdings fließend und in gewissem Sinne arbiträr ist.

§ 7. Anwendung ausländischer Rechtssätze von Amts wegen. Da die Grundsätze des internationalen Privatrechts einen Teil des Rechtes eines jeden Kulturstaates bilden, werden die zur Anwendung zu bringenden Sätze des ausländischen Rechtes prinzipiell vom Richter nicht als Tatsachen im engeren Sinne, sondern als Rechtssätze behandelt, deren Kenntnis er sich von Amts wegen verschaffen kann und, soweit es faktisch möglich ist, auch zu verschaffen verbunden ist. Nur kann man es dem Richter nicht zum Vorwurfe machen, wenn er ausländische Rechtsnormen unbeachtet läßt, wenn er etwa irrigerweise von der Voraussetzung der Übereinstimmung der ausländischen Rechtssätze mit den inländischen für den fraglichen Fall ausgeht, und in der Natur der Sache liegt es, daß die bei der Anwendung der ausländischen Rechtsnorm für den fraglichen Fall interessierte Partei dem Richter die Kenntnisnahme erleichtere; daher ist eine richterliche Beweisauflage (nach der deutschen ZPO. ein Beweisbeschluß) in Fällen namentlich, in welchen nicht unmittelbare Einsicht eines ausländischen Gesetzbuchs oder anerkannter ausländischer Literatur die erforderliche Aufklärung verschafft, in jener Richtung allerdings üblich; sie schließt aber nie eine ergänzende Offizialtätigkeit des Richters aus, und ein Vergleich der Parteien oder eine übereinstimmende Erklärung derselben über die Annahme der Existenz oder Nichtexistenz einer ausländischen Rechtsnorm ist für den Richter nicht formell bindend, ebensowenig aber auch eine darauf bezügliche Eideszuschiebung. (ZPO. § 293 [265].)

Indes ist nach der deutschen ZPO. ein Irrtum des Richters über Inhalt oder Bedeutung eines ausländischen Rechtssatzes kein Revisionsgrund, aber nur wegen der besonderen Vorschrift des § 549 (511), nach welcher nur eine über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus, also doch auch in diesem Bezirke geltende Rechtsnorm revisibel ist. Die Zweckmäßigkeit dieser Beschränkung der Revision dürfte zweifelhaft sein

§ 8. Gewohnheitsrecht im internationalen Privatrecht. Auch im internationalen Privatrechte kann es gewohnheitsrechtliche Normen geben, wie denn in England das internationale Privatrecht wesentlich auf der Autorität der Präzedenzfälle beruht. Inwieweit Gewohnheitsrecht auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts neben den gesetzlichen, das internationale Privatrecht betreffenden gesetzlichen Vorschriften gelten

oder solchen Vorschriften gegenüber selbst derogatorische Kraft ausüben kann, ist nach den allgemeinen Vorschriften zu beurteilen, welche in jedem Lande über das Verhältnis des Gewohnheitsrechtes zum Gesetzesrecht gelten.

Insofern es nun früher ein gemeines, über die Grenzen der einzelnen Staaten hinausreichendes Recht gab, mußte auch ein allgemeines, nicht an die Grenzen des einzelnen Staates gebundenes Gewohnheitsrecht anerkannt werden, und in der Tat beruhen wichtige, jetzt auch in die Gesetzgebung aufgenommene Sätze, namentlich der Satz „Locus regit actum", auf solchem allgemeinen Gewohnheitsrechte. Die fortdauernde Geltung desselben ist anzunehmen, insofern die Gesetzesbestimmungen und die aus ihnen zu entwickelnden Konsequenzen dem Gewohnheitsrechte nicht widersprechen, das Gewohnheitsrecht also, ebenso wie ein neu entstehendes Gewohnheitsrecht, Lücken des Gesetzes auszufüllen geeignet ist.

Daneben verdient eine etwa in anderen Staaten bestehende konstante Jurisprudenz über internationale Anwendung eines Rechtssatzes, wenn in der fraglichen Materie unsere Gesetzgebung mit der des Auslandes auf den gleichen Grundlagen beruht, auch bei uns Beachtung.

§ 9. Provinzial- (und Lokal-) Recht innerhalb desselben Staates einer- und Gesetze auswärtiger Staaten anderseits. Die Frage, ob und inwieweit ein auswärtiges Provinzial- oder Lokalrecht desselben Staates anzuwenden sei, ist nach denselben Grundsätzen zu beurteilen, welche für die Anwendung der Gesetze auswärtiger Staaten Platz greifen. Dies folgt schon daraus, daß, wenn z. B. eine bisher dem Staate A angehörige Provinz jetzt dem Staate B angeschlossen wird, dadurch an der Geltung der Privatrechtsnormen in jener Provinz nicht das mindeste geändert wird; und wenn man bedenkt, daß einerseits Provinzen und Gebiete selbst von äußerst verschiedener Kultur unter derselben obersten Staatsgewalt vereinigt sein können — in einem Gebiete kann ja der Islam anerkannt sein, während in dem anderen das Christentum Staatsreligion ist —, und daß anderseits selbst der Unterschied von provinzieller Abhängigkeit und bloßer Personalunion selbständiger Staatsorganismen unter demselben Herrscherhause möglicherweise im konkreten Falle sehr kontrovers sein kann, so ist die Irrigkeit der entgegengesetzten, jetzt aber wohl allgemein aufgegebenen Ansicht leicht einzusehen.

§ 10. Sogenannte zwingende oder Prohibitivgesetze. Es ist unrichtig, mit Savigny und anderen eine Klasse von Rechtsnormen auszuscheiden, welche absolut die Anwendung gewisser auswärtiger Rechtsnormen ausschließen sollen, und ganz besonders unrichtig war es, wenn Savigny dahin gar alle Gesetze rechnen wollte, die auf anderen Gründen als der reinen Rechtskonsequenz zu beruhen scheinen, z. B. alle Gesetze, die auf nationalökonomischen Gründen beruhen, wonach denn, genau betrachtet, die Anwendung auswärtiger Rechtsnormen auch z. B. bei Bestimmung der Erbfolge absolut ausgeschlossen sein würde. Wenn ferner die französische Wissenschaft und Praxis die inländischen Gesetze des Ordre public oder, wie jetzt beschränkend gesagt wird, die inländischen Gesetze des Ordre public international unbedingt unter völligem Ausschluß des auswärtigen, von solchen Gesetzen abweichenden Rechtes angewendet wissen will, so sind diese Kategorien in höchstem Grade unbestimmt. Vielmehr läßt sich von keiner noch so sehr selbst unseren sittlichen Anschauungen widersprechenden ausländischen Rechtsnorm behaupten, daß sie nicht irgendeine bei uns oder vor unseren Gerichten anzuerkennende Nach- oder Nebenwirkung haben könne. So wird die Polygamie nach unseren sittlichen und Rechtsanschauungen verworfen; aber eine Erbfolge, die sich auf eine im Auslande rechtsbeständige Polygamie gründete, wäre auch bei uns anzuerkennen. Anderseits kann niemand auf Grund eines auswärtigen Gesetzes bei uns oder vor unseren Gerichten jemanden als seinen Sklaven oder Leibeigenen reklamieren oder etwa ein Türke auf Grund seines heimatlichen Gesetzes eine aus seinem Harem entflohene Frau, mit der er in Polygamie lebte, bei uns verfolgen. Vorkommen kann es auch, daß ein Gesetz die Feststellung eines Verhältnisses vor den einheimischen Gerichten absolut verbietet, während es die vor einem auswärtigen Gerichte erfolgte Feststellung in ihren weiteren Konsequenzen vor inländischen Gerichten geltend zu machen gestattet. So wird der Satz des Art. 340 des französischen Zivilgesetzbuchs „La recherche de la paternité est interdite" von der französischen Jurisprudenz

dahin beschränkt, daß er die Geltendmachung eines auswärtigen Urteils, welches von einem Ausländer gegen einen Ausländer nach dem heimatlichen Rechte dieser Personen erstritten ist, vor französischen Gerichten nicht ausschließt. Eine völlig befriedigende Formulierung des hier gemeinten Satzes aber ist noch nicht gefunden. Immerhin möchte noch verhältnismäßig das richtigste sein zu sagen: unsere Rechtsordnung und unsere Gerichte dürfen nicht unmittelbar Rechtsverhältnisse und Rechtsansprüche realisieren, die nach den einheimischen Gesetzen als unbedingt unzulässig zu betrachten sind. Die im Art. 30 des EG. zum BGB. angenommene Formulierung: „Die Anwendung eines auswärtigen Gesetzes ist ausgeschlossen, wenn die Anwendung gegen die guten Sitten oder gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes verstoßen würde," kann Anlaß geben, die Anwendung auswärtiger Rechtsnormen in zu weitem Umfange auszuschließen. Es bedarf sorgfältiger Erwägung der Konsequenzen der Anwendung, anderseits der Nichtanwendung der betreffenden auswärtigen Rechtssätze. Vielleicht könnte man eine derartige, freilich in einer Mehrzahl anderer neuerer Gesetzgebungen sich findende Vorbehaltsklausel, die man wohl als „Sicherheitsventil" bezeichnet hat, überhaupt streichen. Die Hauptsache ist, daß das deutsche Gesetz in richtiger Weise nicht sowohl den allgemeinen Charakter der betreffenden Rechtsnormen, als vielmehr die Anwendung in den gerade in Betracht kommenden Fällen für maßgebend erklärt, was allerdings noch deutlicher hervorgetreten sein würde, wenn statt des Wortes „wenn" das Wort „insoweit" im Art. 30 gebraucht worden wäre.

§ 11. Gleiche privatrechtliche Rechtsfähigkeit der Ausländer. Ungeachtet der nicht selten hervortretenden engherzigen und meist vom kurzsichtigsten Egoismus diktierten Versuche, Fremde auch in privatrechtlichen Verhältnissen gesetzlich zu benachteiligen, ist im modernen Recht der zivilisierten Staaten der Grundsatz der vollen Rechtsfähigkeit der Ausländer wenigstens als Regel geltend geworden, so daß Ausnahmen, die eine mindere Rechtsfähigkeit der Ausländer enthalten sollen, stets besonderer gesetzlicher Bestimmung bedürfen. Anders steht es freilich — und mit gutem Grunde — auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts, d. h. insoweit politische Rechte in Frage stehen, welche jemandem irgendwie einen Anteil an der öffentlichen Macht oder einen Einfluß auf dieselbe einräumen. Familienrechte, obschon sie in einem anderen Sinne als zum Ius publicum gehörig betrachtet werden können, sind hierher nicht zu rechnen, und ebenso ist einem Ausländer die Fähigkeit, Vormund zu sein, nicht abzusprechen; denn die Vormundschaft ist nach richtiger Auffassung nicht eine politische, sondern eine familienrechtliche Funktion. Die Unterscheidung von Droits civils, welche nur den Inländern, beziehungsweise besonders privilegierten Ausländern zustehen sollen nach dem französischen Gesetzbuche (vgl. Art. 7, 11, 13), ist von der französischen Jurisprudenz selbst überwiegend als eine Verirrung erkannt worden, und man erklärt den Fremden jetzt auch in Frankreich mehr und mehr aller derjenigen Rechte fähig, die ihm nicht speziell versagt sind. Dagegen hat das italienische Gesetzbuch Art. 3 das Prinzip der Gleichstellung der Fremden mit den Inländern im Privatrecht ausdrücklich ausgesprochen. Dem EG. zum BGB. liegt, obschon ein solcher allgemeiner Satz darin sich nicht findet, unzweifelhaft dasselbe Prinzip zugrunde.

Trotz Anerkennung des Prinzips können indes Ausnahmen für einzelne Rechte vorkommen, und hier und da macht sich gerade in neuester Zeit wieder stärker die Tendenz geltend, Ausländer von gewissen Rechten auszuschließen, z. B. vom Grundeigentum. Auf dem Gebiete des Urheberrechtes, des Patentrechtes usw. (der sogenannten immateriellen Rechte) genießen häufig Ausländer nicht ohne weiteres die volle Rechtsfähigkeit der Inländer; doch ist diese jetzt meist durch Staatsverträge nach dem Gegenseitigkeitsprinzip festgestellt.

Auch ausländische juristische Personen, d. h. solche, die im Auslande ihren Sitz haben, sind als rechtsfähige Subjekte bei uns anzuerkennen, wenn ihre Konstituierung oder ihr Bestehen nach dem am Orte ihres Sitzes geltenden Gesetzen rechtsgültig ist. Es kann indes fraglich sein, wie weit die Rechtsfähigkeit reicht; rationell jedenfalls so weit, daß die juristischen Personen das Recht haben, vor den Gerichten eines jeden Staates ihre Rechte zu verfolgen und zu verteidigen, und daß sie durch Briefe, Telegramme oder mittels Telephons von dem Lande aus, in welchem sie ihren Sitz haben, mit Personen, die sich in anderen Ländern aufhalten, Verträge schließen können. Inwieweit juristische Personen im Auslande z. B.

Grundeigentum erwerben, Gewerbe betreiben oder inländische letztwillige Zuwendungen und Schenkungen rechtsgültig annehmen können, ist nicht allgemein bestimmbar. Daraus, daß inländische juristische Personen gleichen Charakters solche Rechtsbefugnisse haben, folgt nicht unbedingt das Gleiche für ausländische juristische Personen, obschon ausländische juristische Personen nie eine umfassendere Rechtsfähigkeit beanspruchen können als inländische Personen gleichen Charakters (wobei übrigens der für die Beurteilung der Rechtsfähigkeit überhaupt zur Anwendung kommende Satz — vgl. unten § 16 — zu berücksichtigen ist).

Nach EG. BGB. Art. 87, 88 ist die Frage, inwieweit und unter welchen Voraussetzungen Ausländer und ausländische juristische Personen im Deutschen Reiche Grundeigentum erwerben können, im allgemeinen der Gesetzgebung der einzelnen Staaten überlassen. Jedoch besteht eine erhebliche Anzahl von internationalen Verträgen des Reiches, nach denen den Angehörigen der betreffenden Vertragsstaaten die Fähigkeit zum Erwerb von Grundeigentum gewährt wird. Diese Vertragsbestimmungen gehen selbstverständlich den Gesetzen der Einzelstaaten vor.

Das EG. z. BGB. hat im Art. 10 nur eine Vorschrift über einem fremden Staate angehörende Vereine. Da inländische Vereine nicht ohne weiteres als vollkommen rechtsfähig gelten, mochte man die Rechtsfähigkeit auch ausländischen Vereinen nicht unmittelbar durch Gesetz erteilen; die Rechtsfähigkeit eines ausländischen Vereins muß daher, um in Gemäßheit des an ihrem Sitze geltenden Rechtes auch im Deutschen Reiche wirksam zu sein, erst vom Bundesrate anerkannt sein. Auch kann nach dem BGB. § 23 einem ausländischen Vereine, abgesehen von dessen Behandlung im ausländischen Rechte, die Rechtsfähigkeit (für den Bereich des Deutschen Reichs) vom Bundesrat verliehen werden. Ein ausländischer Verein, dessen Rechtsfähigkeit vom Bundesrate nicht anerkannt ist, wird wie ein nicht-rechtsfähiger deutscher Verein behandelt, d. h. er kann vor deutschen Gerichten verklagt werden, nicht aber als Kläger auftreten; und auf solchen Verein finden im übrigen die Bestimmungen über die Gesellschaft Anwendung (ZPO. § 50 Abs. 2; BGB. § 54).

Es wird angenommen werden müssen, daß ausländische juristische Personen, die nicht Vereine sind, im Deutschen Reiche jedenfalls das oben bezeichnete Minimum der Rechtsfähigkeit genießen, während ein vom Deutschen Reiche völkerrechtlich anerkannter fremder Staat auch privatrechtlich als voll rechtsfähig zu betrachten sein wird, nur daß herkömmlich der Erwerb von Grundeigentum durch einen fremden Staat die Zustimmung des Territorialstaates erfordert. Der Geschäftsbetrieb ausländischer Aktiengesellschaften wird Filialen derselben nach Staatsverträgen unter den für inländische Aktiengesellschaften bestehenden Bedingungen gestattet.

§ 12. Voraussetzungen (Anknüpfungsmomente) der Anwendung der Rechtsnormen in internationaler Beziehung. Als solche können in Betracht kommen

1. der Aufenthaltsort einer Person,
2. der Ort einer Sache,
3. dauernde Verbindung einer Person mit einem Gebiete, welche zeitweisen Aufenthalt in einem anderen Gebiet nicht ausschließt,
   a) durch Wohnsitz oder
   b) durch Staatsangehörigkeit (Nationalité im Sinne der französischen Rechtssprache), welche den Wohnsitz in einem anderen Gebiete nicht ausschließt,
4. Ort der Vornahme einer Handlung,
5. Zugehörigkeit einer Sache oder eines Rechts zum Besitze oder bzw. zum Eigentum oder Vermögen einer Person.

Indes kann den Momenten 4. und 5. eine grundlegende Bedeutung nicht zugesprochen werden. Denn um zu wissen, welche faktischen Vorgänge eine rechtsbedeutsame Handlung bilden, muß man zuvor das anzuwendende Recht kennen. Der Ort der Vornahme einer Handlung ist, genau betrachtet, der Aufenthaltsort einer oder mehrerer Personen zu einem bestimmten Zeitpunkte. Es handelt sich also hier um einen ungenauen, wenngleich bequemen

Sprachgebrauch. Ebenso setzt die Beantwortung der Frage des Besitzes, des Eigentums, der Zugehörigkeit zu einem Vermögen bereits die Beantwortung einer Rechtsfrage voraus. Und gerade in Ansehung der rechtlichen Bedeutung von Handlungen, der Annahme des Besitzes, des Eigentums, der Zugehörigkeit zu einem Vermögen differieren die verschiedenen Territorialrechte stark. Dagegen ist in rechtlicher Beziehung voraussetzungslos der faktische Aufenthaltsort einer Person und ebenso der Ort einer Sache. Der Wohnsitz einer Person ist zwar kein reines Faktum; es können vielmehr die Gesetzgebungen über den Wohnsitz in gewissen Beziehungen differieren, und noch mehr ist dies wohl der Fall in betreff der Staatsangehörigkeit. Aber in einer sehr großen Anzahl von Fällen werden die Gesetzgebungen verschiedener Staaten in der Bestimmung des Wohnsitzes einer Person übereinstimmen, weil dabei doch das tatsächliche Moment überwiegt, und die Staatsangehörigkeit wurzelt auch im Völkerrechte, nicht nur im territorialen Recht eines einzelnen Staates. Anderseits kann das internationale Privatrecht, da es auch wesentlich dauernde Verhältnisse von Personen zu regeln hat, der Berücksichtigung einer dauernden, gleichsam idealen, also rechtlichen Verbindung einer Person mit einem Staate (einem Territorium), nicht entraten; es muß also in gewissen Beziehungen anknüpfen entweder an den Wohnsitz oder an die Staatsangehörigkeit.

Im Altertum hielt man sich, wenn es sich um die Person an sich, die Familie und das Erbrecht handelte, an die Eigenschaft der Person als Staatsbürger, an die Staatsangehörigkeit; seit dem späteren Mittelalter trat mehr und mehr das Domizil im Sinne des römischen Rechts an die Stelle der Staatsangehörigkeit, und die meisten Schriftsteller unterschieden in den Erörterungen über internationales Privatrecht Domizil und Staatsangehörigkeit gar nicht; höchstens kam letztere insofern in Betracht, als gewisse Abgaben nur von Eingewanderten erhoben wurden. Erst seit der ersten französischen Revolution, da wieder die Rede war von politischen Rechten der Staatsangehörigen, Rechten, die man Fremden nicht zugestehen konnte, die nicht fester als durch Wohnsitz dem Lande verbunden waren, trat die Unterscheidung wieder deutlicher hervor, und der Code civil wie das österreichische Gesetzbuch von 1811 lassen schon bestimmt das sogenannte persönliche Recht der Franzosen und bzw. der Österreicher im Auslande von der Eigenschaft eines Franzosen, eines Österreichers abhängen. Auf dem europäischen Kontinente haben dann das Prinzip, das sogenannte persönliche Recht der Ausländer wie der Inländer von der Staatsangehörigkeit abhängen zu lassen, eine große Anzahl bedeutender Staaten angenommen, so Belgien, die Niederlande, das Königreich Italien und nunmehr auch das Deutsche Reich (vgl. z. B. Art. 7, 13, 14, 15, 17), während bis zum Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs in den Gebieten des sogenannten gemeinen Rechts und des preußischen allgemeinen Landrechts das sogenannte persönliche Recht und auch das Familien- und Erbrecht nach dem am Wohnsitze der Person geltenden Gesetze sich bestimmten. Das Domizilprinzip gilt aber z. B. noch in Dänemark und — was besonders wichtig ist — in den Ländern des englisch-nordamerikanischen Rechts.

Das Domizilprinzip hat den Nachteil, daß es eine Änderung des sogenannten persönlichen Rechts abhängen läßt von einem rein einseitigen, gänzlich formlosen, dem Individuum nicht immer zum deutlichen Bewußtsein gelangenden Vorgange — denn zuweilen wird aus einem anfangs nur als einstweilig vorgestellten Aufenthalte später unmerklich ein Wohnsitz —, und daß anderseits der Staat, in welchem der Wohnsitz genommen, nicht aber auch die Staatsangehörigkeit erworben wird, wie wenigstens gegenwärtig nach den Gesetzen der meisten Staaten der Fall ist, jeden Augenblick durch Ausweisung diesem ganzen Verhältnis einseitig ein Ende machen kann. Dazu kommt, daß das Familien- und Erbrecht sehr stark mit nationalen Anschauungen und Sitten verknüpft ist, die man nicht bei einer bloßen, nicht selten durch vorübergehende Lebenswendungen veranlaßten Verlegung des Wohnsitzes in das Ausland ohne weiteres ablegen oder verleugnen möchte. Für das Domizilprinzip wird von Schriftstellern des englisch-amerikanischen Rechts geltend gemacht, daß das Domizil nach außen eine leichter erkennbare Tatsache und daher mit Rücksicht auf die Sicherheit des Verkehrs vorzuziehen sei. Indes ist gerade oft ein nur länger dauernder Aufenthalt von einem wirklichen Domizil schwer zu unterscheiden, und der Unsicherheit des Rechtsverkehrs läßt sich auf andere Weise begegnen. Solange aber in einem Staate sehr verschiedenartige Privatrechtsnormen gelten, hat allerdings das Staatsangehörigkeitsprinzip keinen rechten Sinn; denn innerhalb eines

größeren Staatsganzen mit dem gleichen Staatsbürgerrechte und voller Freizügigkeit kann nur das Domizilprinzip gelten; die Geltung des Staatsangehörigkeitsprinzips (neben dem Domizilprinzip) für die Angehörigen dieses Staates, sofern sie sich im Auslande aufhalten, würde die Schwierigkeiten vermehren und neue Verwirrungen hervorbringen. Aus diesem Grunde wird das Domizilprinzip in Staaten, die einer einheitlichen nationalen Gesetzgebung noch entbehren, einstweilen noch den Vorzug verdienen und vermutlich aufrechterhalten werden.

Aber auch bei Annahme des Staatsangehörigkeitsprinzips durch die Gesetzgebung verbleibt dem Wohnsitze eine Aushilfsbedeutung für den Fall, daß eine Staatsangehörigkeit der Person nicht festgestellt werden kann (Art. 29 d. EG. z. BGB.), und außerdem muß das Gesetz des Wohnsitzes der richtigen Ansicht nach im Obligationen-, im Zivilprozeß- und Konkursrechte im weiten Umfange als maßgebend angesehen werden. Für den Fall indes, daß jemand seine Staatsangehörigkeit verloren hat, ohne eine andere Staatsangehörigkeit erworben zu haben, muß der Konsequenz nach bei Annahme des Staatsangehörigkeitsprinzips die frühere Staatsangehörigkeit für das persönliche Recht (auch Familien- und Erbrecht) als maßgebend gelten. (So auch Art. 29 des EG. BGB.)

Wo weder eine frühere Staatsangehörigkeit noch ein gegenwärtiger Wohnsitz festzustellen ist, läßt EG. BGB. Art. 29 den Ort des Aufenthalts zur Zeit des von der Person vorgenommenen Rechtsaktes entscheiden.

Die Frage, ob eine Person staatsangehörig sei, ist für jeden Richter, insofern es sich um die Zugehörigkeit zu dem Staate des Richters handelt, unzweifelhaft ausschließlich nach dem Gesetze eben dieses Staates zu beurteilen, also für den deutschen Richter nach dem deutschen Gesetze (nach dem Reichsgesetze vom 1. Juni 1870 über den Erwerb und Verlust der Reichs- und Staatsangehörigkeit, das bald [Mai 1912] durch ein neues Gesetz ersetzt werden wird)[1]. Das internationale Privatrecht kann einen hier etwa existierenden positiven Konflikt, wenn die betreffende Person etwa gleichzeitig nach dem Gesetze eines anderen Staates dessen Angehöriger sein würde, nicht lösen, da es sich hier um eine der Voraussetzungen für die Anwendung eines Territorialrechtes handelt. Wenn aber in einer vor einem deutschen Richter anhängigen Streitsache darüber zu entscheiden ist, ob eine Person einem von mehreren anderen Staaten angehört, so muß der richtigen Ansicht nach, falls die beiden oder mehreren fremden Gesetzgebungen für den fraglichen Fall im Ergebnisse übereinstimmen, dies Ergebnis auch für den deutschen Richter gelten, im Falle des positiven Konfliktes der betreffenden Gesetzgebungen aber die Person als demjenigen Staate zugehörig betrachtet werden, in welchem sie zuletzt ihren Wohnsitz errichtet hat (Prinzip der freien Auswanderung).

Dieses letztere Prinzip ist, unter der Voraussetzung, daß die Person eine bestimmte längere Zeit (fünf Jahre ununterbrochen) in dem anderen Staate sich aufgehalten hat, auch angenommen in den Verträgen, welche der Norddeutsche Bund, die süddeutschen Staaten und Österreich-Ungarn in den Jahren 1868—1872 mit den Vereinigten Staaten von Nordamerika abgeschlossen haben (sog. Bancroft-Verträge).

Der Deutsche, der das Bürgerrecht in der nordamerikanischen Union erworben und sich fünf Jahre ununterbrochen dort aufgehalten hat, gilt also auch für den deutschen Richter als Angehöriger der Union und umgekehrt.

Durchaus unrichtig würde es sein, für die Frage, ob eine Person einem fremden Staate angehöre, sofern nicht zugleich die Angehörigkeit zum Deutschen Reiche in Frage käme, die Vorschriften des deutschen Staatsangehörigkeitsgesetzes oder die Normen des EG. BGB. (z. B. für die Frage, ob eine Legitimation stattgefunden habe, eine Ehe sei rechtsbeständig) als positives Recht zur Anwendung zu bringen.

Ein mehrfaches, gleichzeitiges Untertanenverhältnis derselben Person (etwa begründet durch Vorbehalt des früheren Indigenats bei Übertritt in einen Staatsverband) ist in bezug auf mehrere vollkommen souverän sich gegenüberstehende Staaten richtiger nicht als rechtlich möglich anzunehmen. Bei genauerer Untersuchung der zuweilen hierher gerechneten Fälle wird man finden, daß entweder hier nur vorliegt die Möglichkeit, in einfacher und formloser Weise in den früheren Staatsverband zurückzutreten, oder daß es sich um besondere Rechte

[1] [Reichsgesetz v. 22. Juli 1913. — Kohler.]

oder Verbindlichkeiten handelt, die möglicherweise, wie z. B. die Pflicht, Steuern zu zahlen, nicht von der Staatsangehörigkeit, sondern etwa nur von dem längeren Aufenthalt in einem Staate abhängen. Jedenfalls aber ist es unmöglich, die Beurteilung des persönlichen Rechts und dessen, was aus diesem folgt, von mehrfachen und differenten Gesetzgebungen abhängen zu lassen, mag man nun das der Regel nach lediglich von dem Willen der Person abhängige Domizil oder die Nationalität (Staatsangehörigkeit) als entscheidend betrachten.

§ 13. Die sogenannte Rückverweisung (beziehungsweise Weiterverweisung). Welches Gesetz ist anzuwenden, wenn das Gesetz, dem das Gericht unterworfen ist (die Lex fori) die Entscheidung einer bestimmten Frage einem bestimmten auswärtigen Rechte zuweist, in diesem letzteren Rechte aber umgekehrt sich die Bestimmung findet, daß die Entscheidung nach dem am Orte des Gerichts geltenden Gesetze oder etwa nach dem Gesetze eines dritten Landes zu erfolgen habe? Mit anderen Worten: sollen die auswärtigen Gesetze, falls sie nach Maßgabe unseres Gesetzes zur Anwendung gebracht werden, lediglich nach ihrem materiellen Inhalte in Betracht kommen (System der Verneinung der Rück- beziehungsweise Weiterverweisung), oder sind dabei auch diejenigen Bestimmungen des auswärtigen Rechtes zu berücksichtigen, welche das internationale Privatrecht selbst betreffen (System der Rück- beziehungsweise Weiterversicherung)? Diese Frage ist außerordentlich bestritten, aber für die besonders wichtigen Fälle, daß es sich um Bestimmung des persönlichen Rechtes (Geschäftsfähigkeit) wie des Familien- und Erbrechts handelt, richtiger im Sinne der Annahme der Rückverweisung zu entscheiden, wie dies auch im EG. BGB. Art. 27 für die bezeichneten, besonders wichtigen Fälle ausdrücklich geschehen ist, wenn die betreffende Bestimmung des auswärtigen Rechtes die Entscheidung dem deutschen Rechte zuweist. (Wesentlich übereinstimmend ist auch das japanische Gesetz Art. 29). Die prinzipielle Richtigkeit dieser Ansicht ergibt sich daraus, daß die Normen des internationalen Privatrechts nur Kompetenzbestimmungen sind, eine Kompetenz aber, die das auswärtige Gesetz ablehnt, ihm nicht von unserem Gesetze beigelegt werden kann; genau betrachtet hat ja auch eine Gesetzgebung, welche z. B. die Geschäftsfähigkeit nach dem Gesetze des Domizils beurteilt, gar keine Bestimmung über die Geschäftsfähigkeit der eigenen im Auslande domizilierten Staatsangehörigen. Die entgegengesetzte Ansicht, welche die Bestimmungen der Lex fori über das internationale Privatrecht als absolut geltend auffaßt, verkennt, daß gerade hieraus, weil das Verhältnis der Angehörigen aller fremden Staaten zu ihrem eigenen Staate doch nicht nach Maßgabe des bei uns gültigen Prinzips beurteilt werden kann, für die Rechtssicherheit der Beteiligten bösartige Folgen entstehen können. So ist denn auch in der Haager Konvention über die internationale Behandlung der Gesetze über Eheschließung von 1902, Art. 1, die Rückverweisung in gewissem Umfange schließlich anerkannt worden. Eine Weiterverweisung würde z. B. in dem Falle stattfinden, wenn die Lex fori das Gesetz der Staatsangehörigkeit als entscheidend bezeichnete, dieses aber z. B. das am Orte der Eheschließung geltende Gesetz für maßgebend erklärte, während dieser Ort in einem dritten Staate belegen wäre, wie denn z. B. die Fähigkeit zur Eheschließung nach den EG. z. BGB. nach dem Gesetze der Staatsangehörigkeit sich bestimmt, für Angehörige der nordamerikanischen Union aber, für welche das Domizilprinzip gilt, materiell nicht das Domizilgesetz, vielmehr das Gesetz des Orts der Eheschließung zur Anwendung kommen soll. Das EG. BGB. sagt über die Weiterverweisung nichts. Ob sie Platz zu greifen hat, oder ob das zunächst zuständige auswärtige Gesetz materiell entscheiden soll, muß davon abhängen, ob man in der Bestimmung des Art. 27 des EG. die Anwendung eines allgemeinen Prinzips oder nur eine besondere Vorschrift zugunsten der Anwendung gerade des deutschen materiellen Rechtes zu erblicken hat. Das erstere dürfte das richtigere sein.

§ 14. Reziprozität und Retorsion. In internationalen Verhältnissen ist das Prinzip, Gleiches mit Gleichem zu vergelten, in gewissem Umfange unverkennbar berechtigt und zweckmäßig. Handelt es sich um eine besonders günstige Behandlung, die man nach allgemeinen Grundsätzen nicht fordern könnte, so nennt man diese Vergeltung Reziprozität; handelt es sich um eine ungünstige Behandlung, die demjenigen widerspricht, was wir entweder nach allgemeinen international geltenden Grundsätzen oder nach Maßgabe der speziell bei uns geltenden Gesetze oder Maximen für recht oder billig halten, so nennt man die Vergeltung

Retorsion. Doch kann von Retorsion nur die Rede sein, wenn Angehörige unseres Landes oder Fremde als solche in dem auswärtigen Staate eine nachteilige Behandlung erfahren, nicht, wenn eine unserer Ansicht nach fehlerhafte oder unbillige Rechtsnorm in dem auswärtigen Staate in derselben Weise gegen Angehörige dieses Staates wie gegen Ausländer angewendet wird. Retorsion kann nur durch die Gesetzgebung angeordnet werden, sofern nicht die Gesetzgebung den Gerichten oder anderen Behörden dazu eine besondere Ermächtigung erteilt. Art. 31 des EG. z. BGB. bestimmt dementsprechend: „Unter Zustimmung des Bundesrats kann durch Anordnung des Reichskanzlers bestimmt werden, daß gegen einen ausländischen Staat sowie dessen Angehörige und ihre Rechtsnachfolger ein Vergeltungsrecht zur Anwendung gebracht wird." (Vgl. auch KO. § 5.) Der Grundsatz der (vom Richter zu beurteilenden) Reziprozität ist angewendet bei der Anerkennung und Vollstreckung auswärtiger richterlicher Urteile (ZPO. 328, Nr. 5, 723). Die Frage, ob im Auslande Gegenseitigkeit beobachtet werde („verbürgt" sei, ZPO. 328, 5), gibt oft zu Zweifeln und Streitigkeiten Anlaß.

Es würde unrichtig sein und zu Rückschritten in der Kultur führen, wollte man der Regel nach die Anwedung der an sich für richtig befundenen Grundsätze des internationalen Privatrechts von der Beobachtung der Reziprozität in anderen Staaten abhängen lassen.

§ 15. Die Regel: Locus regit actum. Diese Regel bedeutet, daß für die Form eines Rechtsaktes die Beobachtung des am Orte der Vornahme des Rechtsaktes geltenden Gesetzes genügen soll. Dies entspricht nicht, wie man früher wohl angenommen hat, der Rechtskonsequenz. Der Konsequenz des Rechts würde entsprechen, die Form des Rechtsgeschäftes nach demselben Rechte zu beurteilen, nach welchem das Rechtsverhältnis auch materiell zu beurteilen ist. (So auch ausdrücklich EG. BGB. Art. 11 Abs. 1.) Die Römer haben beispielsweise gerade die Formen des sogenannten Ius civile nie auf Peregrinen angewendet, nie angenommen, daß ein im Auslande weilender Römer nach dortigen Formen sein Testament errichten könne. Die Regel beruht vielmehr auf einem die Rechtskonsequenz durchbrechenden, übrigens auch im englisch-nordamerikanischen Rechte geltenden Gewohnheitsrechte und ist erst seit dem späteren Mittelalter nachweisbar und ihrem Ursprung nach auf den gerichtlichen Abschluß von Rechtsgeschäften zurückzuführen. Die im Mittelalter vorherrschende Form für wichtigere Rechtsgeschäfte war die Vornahme derselben vor Gericht: das Gericht aber beobachtete seine Gesetze, die für den Gerichtsbezirk geltenden Formen, und zwar um so mehr, als nicht selten Rechtsgeschäfte in die Form eines Scheinprozesses eingekleidet wurden. Der gerichtlichen Form aber vindizierte man allgemeine Gültigkeit: „Acta facta coram uno iudice fidem faciunt apud alium."

Schon diesem Ursprunge nach ergibt sich, daß man in unserer Regel nur eine den Rechtsverkehr erleichternde zu erblicken, daß man ihr daher auch einen nur fakultativen und nicht einen imperativen Charakter beizulegen hat, und dies ist auch überwiegend die Meinung der Schriftsteller, und nicht selten in den Gesetzbüchern, sofern sie sich überhaupt darüber auslassen, und so im italienischen Gesetzbuche, ebenso aber auch im EG. BGB. Art. 11 Abs. 1 ausgesprochen. Freilich wird in der Regel bei Nichtbeachtung der Lex loci actus zur Gültigkeit des fraglichen Rechtsgeschäfts vorausgesetzt werden müssen, entweder daß dasselbe ein einseitiges ist, z. B. ein holographes Testament, welches ein Franzose im Auslande errichtet, oder daß die beteiligten Personen demselben Staate angehören; denn ohne diese Voraussetzung würde entweder schon die Absicht, sich bindend zu verpflichten, leicht zweifelhaft sein, oder man würde z. B. bei Verschiedenheit der nach den heimatlichen Gesetzen der Kontrahenten geforderten Formen zu dem unbilligen Resultat kommen, den einen, nicht aber den anderen Kontrahenten für gebunden zu erklären.

Es gibt aber auch Ausnahmen von der Regel, welche demnach die Rechtskonsequenz wiederherstellen. So hat dieselbe unbestrittenermaßen nie gegolten für die Formen des Erwerbs und des Verlustes dinglicher Rechte an Immobilien und gilt der richtigen Ansicht nach auch nicht in dieser Beziehung für bewegliche Sachen (wie dies auch ausdrücklich erklärt ist im Abs. 2 des Art. 11 des EG. BGB.), während sie allerdings gegolten hat und gilt der richtigen Ansicht nach für letztwillige Verfügungen und Erbverträge, insoweit die erbrechtliche Verfügung nicht als Verfügung über die einzelnen Sachen, sondern als Verfügung über die Gesamtheit des Nachlasses betrachtet wird (vgl. unten das Erbrecht). Ebenso kommt es vor, daß

das im übrigen über das fragliche Verhältnis entscheidende Gesetz die Regel „Locus regit actum“ ganz oder teilweise außer Kraft setzt; z. B. kann das in der Heimat der Beteiligten geltende Gesetz für eine im Auslande einzugehende Ehe gleichwohl gewisse Förmlichkeiten vorschreiben. Eine derartige Rechtsvorschrift ist keineswegs ungültig oder völkerrechtswidrig, wenn auch möglicherweise wegen der Schwierigkeit, im Auslande die im heimatlichen Gesetze vorgeschriebenen Formen zu beobachten, bedenklich, auch unter Umständen deshalb, weil daraus sehr leicht Täuschungen und Schädigungen hervorgehen können.

Nur für die von dem Gesetze des Orts der Errichtung (genauer von dem Staate, welcher die Autorisation verliehen hat) für einen Akt mit publica fides vorgeschriebenen Formen ist jedes Gesetz obligatorisch. Denn nur unter Voraussetzung der Beobachtung jener Formen ist dem Beamten, dem Notar, Konsul publica fides überhaupt verliehen. Dagegen ist es allerdings ein Verstoß gegen die vom Gesetzgeber innezuhaltende Zuständigkeitsgrenze, wenn der Gesetzgeber für gewisse etwa in seinem Territorium vorgenommene Rechtsakte, die materiell durchaus einem fremden Gesetzgebungsgebiet angehören, die Beobachtung der in seinem Gebiete geltenden Form für obligatorisch erklärt. Eine solche, unter Umständen zu schweren und unlösbaren Verwicklungen Anlaß gebende Vorschrift findet sich aber (vgl. schon Reichsgesetz v. 6. Febr. 1875 § 41) im Art. 13 des EG. BGB.: „Die Form einer Ehe, die im Inlande geschlossen wird, bestimmt sich ausschließlich nach den deutschen Gesetzen.“ (S. unten § 25.) Form eines Rechtsgeschäfts ist das und nur das, was jeder beobachten kann, wenn auch beobachten muß, um seinen freien Willen zur Geltung zu bringen. Das Erfordernis einer fremden Zustimmung, wenn diese rechtlich verweigert werden kann, z. B. Zustimmung des Vaters, des Vormundes, Ehemanns, ist nicht Form des Rechtsgeschäfts. Die englisch-nordamerikanische Jurisprudenz wendet übrigens die Regel „Locus regit actum“ in einem weiteren Umfange an. Dagegen sind andere Beschränkungen der Regel „Locus regit actum“, z. B. auf Formen, die nur des Beweises wegen vorgeschrieben sind, schon wegen der Unmöglichkeit einer genügenden Begrenzung zu verwerfen.

Unrichtig ist es auch, die Regel nicht anzuwenden, wenn etwa die Parteien, gerade um nicht das Geschäft unter die Formvorschriften des Inlandes zu stellen, dasselbe im Auslande vornehmen. Ein sogenanntes Handeln in fraudem legis liegt hier nicht vor.

§ 16. Die Behandlung des internationalen Privatrechts im Einführungsgesetz zum deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. Die in dem EG. enthaltenen Vorschriften über das internationale Privatrecht sind weit weniger vollständig als diejenigen, welche die früheren Entwürfe des BGB. aufstellten. Die Gründe dieser vom Bundesrate an den früheren Entwürfen vorgenommenen Änderungen sind nicht bekanntgegeben, und aus den Verhandlungen des Reichstages, der den vom Bundesrat festgestellten Entwurf, soviel das internationale Privatrecht betrifft, mit nur unbedeutenden Änderungen annahm, ist über jene Gründe auch Aufschluß nicht zu erhalten. Jene wichtigen Änderungen bestehen aber wesentlich darin, daß für eine Reihe von Fragen zwar die Fälle der Anwendung des deutschen Rechts bestimmt sind, dagegen nicht gesagt ist, welches auswärtige Recht im Falle der Nichtanwendung des deutschen Rechts für maßgebend zu erachten ist. Der richtigen Ansicht nach sind die so entstandenen Lücken durch die Wissenschaft (vgl. oben § 5) auszufüllen; insbesondere ist nach Maßgabe der Wissenschaft festzustellen, ob wir es mit einer exzeptionell nur zugunsten deutscher Staatsangehörigen oder nur zum besonderen Schutze gerade der deutschen Rechtsordnung gegebenen Vorschrift, die eine analoge Anwendung nicht zuläßt, oder aber mit der Anerkennung eines allgemeinen Prinzips zu tun haben. Eine wirkliche Willkür ist jedenfalls dem Richter damit nicht eingeräumt, und besonders beklagenswert sind die so entstandenen Lücken nicht; denn genau betrachtet wird man nicht leicht eine Gesetzgebung finden, die nicht für das internationale Privatrecht zu bedeutenden Zweifeln Anlaß gäbe oder erhebliche Lücken zeigte, und immerhin sind Lücken, welche allmählich Wissenschaft und Praxis ausfüllen, verkehrten Vorschriften vorzuziehen, die ganze Materien in Verwirrung bringen. Aus diesem Grunde ist auch der gänzliche Mangel an Bestimmungen über das Recht der aus Verkehrsverträgen entspringenden Obligationen nicht zu beklagen. In letzter Linie dürfte bei den Entschließungen des Bundesrats die richtige Ansicht mitgewirkt haben, nach

welcher es nicht Sache des deutschen Gesetzes sein kann, alle möglichen Konflikte zwischen auswärtigen Rechtsordnungen, die hin und wieder als Inzidentfragen eine Rolle bei Entscheidungen unserer Gerichte spielen können, für uns aber meistens indifferent sind, kurzweg vom Standpunkt des deutschen Gesetzes aus zu entscheiden. Für alle Rechtsmaterien, für welche das EG. das Prinzip der Rückverweisung anerkannt hat, muß dabei der freilich bestrittene Grundsatz gelten, daß, wenn eine Frage jedenfalls nach einer von mehreren auswärtigen Rechtsordnungen zu entscheiden ist, die Übereinstimmung dieser Rechtsordnungen darüber, welche von ihnen zur Entscheidung zuständig sei, auch vom deutschen Richter zu respektieren ist.

Durch das EG. sind die in dem bisherigen deutschen Partikularrechte enthaltenen Vorschriften jedenfalls, soweit das Verhältnis zu außerdeutschen Rechtsordnungen in Betracht kommt, als beseitigt anzusehen. Dies folgt schon daraus, daß die Bestimmungen des EG. über internationales Privatrecht überall von dem Verhältnis deutscher Gesetze zu außerdeutschen reden, nicht nur von dem Verhältnis der Reichsgesetze zu außerdeutschen Gesetzen; denn deutsche Gesetze sind die Gesetze der einzelnen deutschen Staaten auch. Aus der Annahme der entgegengesetzten Ansicht würden auch kaum erträgliche Verwicklungen hervorgehen. Es bedarf daher bei dieser Frage der Berufung auf Art. 55 des EG. und der Untersuchung nicht, ob die Vorschriften des internationalen Privatrechts dem Privatrechte oder dem öffentlichen Rechte angehören. Aber es ist auch, obwohl dies bestritten ist, dem Gesagten zufolge anzunehmen, daß selbst für die der Landesgesetzgebung überlassenen Rechtsnormen die Vorschriften des EG. über internationales Privatrecht nicht nur nach Maßgabe der Art. 4 des EG. als Ersatzvorschriften für das bisherige partikulare Landesrecht, sondern als absolute getreten sind, welche auch für jene beschränkten, im übrigen der Landesgesetzgebung überlassenen Gebiete durch Landesgesetz nicht außer Kraft gesetzt werden können. Eine Ausnahme erleidet dies nur nach EG. Art. 56 für Bestimmungen, die enthalten sind in Staatsverträgen, welche ein Bundesstaat mit einem ausländischen Staate vor dem Inkrafttreten des BGB. geschlossen hat. Endlich muß auch angenommen werden, daß die Vorschriften des EG. im internationalen Privatrecht, soweit sie als Folgerungen aus nach Ansicht des Gesetzgebers allgemein gültigen Prinzipien und nicht etwa als besondere Vorzugsvorschriften für die deutsche Rechtsordnung erscheinen, auch für das Verhältnis der deutschen Landesgesetze untereinander gelten.

IV. Personenrecht (Rechts- und Geschäftsfähigkeit).

§ 17. Zwei Attribute kommen regelmäßig der Person zu: 1. daß sie Rechte erwerben, haben, ausüben, und 2. daß sie einen für den Rechtsverkehr erforderlichen Willensakt vornehmen kann. Beide Attribute, die Rechtsfähigkeit und die Handlungsfähigkeit oder, wie jetzt das BGB. sich genauer ausdrückt, die Geschäftsfähigkeit — da die Deliktsfähigkeit nach anderen Gesichtspunkten zu behandeln ist —, faßte noch Savigny, hierin der älteren Theorie folgend, und faßt noch großenteils die ausländische Literatur unter dem gemeinsamen Namen Status der Person, Zustand der Person an sich und Fähigkeit der Person (État et capacité) zusammen und glaubt, daß ohne weiteres der Natur der Sache nach und zugleich in Gemäßheit der Tradition des europäischen Kontinents für diesen sogenannten Status das heimatliche Gesetz der Person (also je nachdem das Gesetz des Domizils oder das Gesetz der Staatsangehörigkeit) anzuwenden sei. Indes läßt sich diese Theorie des Status der Person nicht durchführen; wenn z. B. in der Heimat einer Person Rechtsbeschränkungen — etwa aus konfessionellen Gründen — gelten, so können diese in einem anderen Staate, in dem völlige Gleichheit der religiösen Bekenntnisse Grundsatz ist, gewiß keine Wirksamkeit ausüben. Die Konsequenz der Statustheorie, welche die Irrigkeit der letzteren zeigen konnte, wird abgewehrt, indem man Gesetze der letztgenannten Art für zwingend (so Savigny) oder für Gesetze des Ordre public erklärt, welche außerhalb des Territoriums keine, innerhalb desselben aber unbedingte Wirksamkeit, wie man meint, ausüben sollen.

Die Beschränkungen der Rechtsfähigkeit einer- und die Beschränkungen der Geschäftsfähigkeit anderseits — denn praktisch handelt es sich bei physischen Personen um gesetzliche Beschränkungen, da von der Regel, der vollen und unbeschränkten Rechts- und Geschäfts-

fähigkeit, auszugehen ist — beruhen aber auf völlig verschiedenen gesetzgeberischen Zwecken. Beschränkt man Personenklassen in der Rechtsfähigkeit, so will man sie rechtlich benachteiligen; beschränkt man sie in der Geschäftsfähigkeit, so will man sie rechtlich schützen, schützen vor den nachteiligen Folgen, welcher ihr eigner, durch ungenügenden Verstand leicht mißleiteter Wille ihnen bereiten könnte. Aus dem grundverschiedenen Zwecke ergibt sich international eine völlig verschiedene Behandlung.

1. Die Rechtsfähigkeit ist zu beurteilen nach demjenigen Gesetze, dem das im einzelnen Falle fragliche Rechtsverhältnis auch im übrigen unterstellt ist. Also ist nicht — wie Savigny meinte — hier immer das Gesetz des urteilenden Richters anzuwenden, vielmehr ist z. B. die Frage, ob jemand Grundeigentum erwerben könne, nach der Lex rei sitae zu beurteilen, und jemand, der nach den Gesetzen seiner Heimat Sklave wäre, ist, solange er bei uns sich aufhält, frei und kann nicht in Gemäßheit seiner heimatlichen Gesetze bei uns vindiziert werden. Das EG. BGB. hat nun zwar keine allgemeine Bestimmung über die Rechtsfähigkeit physischer Personen. Aber während das Gesetz allgemein nur über die Geschäftsfähigkeit der Personen Bestimmung trifft (Art. 7), äußert es sich im Art. 9 über die Zuständigkeit zum Erlaß einer Todeserklärung und über die Wirkung der letzteren in einer Weise, welche erkennen läßt, daß es von der Beurteilung der Rechtsfähigkeit nach jenem soeben für richtig erklärten Prinzip ausgeht; denn in der sogenannten Todeserklärung wird gesagt, daß der für tot Erklärte nicht mehr als Rechtssubjekt in Ansehung bestimmter Rechtsverhältnisse zu gelten habe. Daher kann nach Art. 9 im Deutschen Reiche für tot erklärt werden nicht nur ein Deutscher, sondern auch ein Ausländer, letzterer aber mit Beschränkung der Wirkung der Todeserklärung auf die nach deutschen Gesetzen zu beurteilenden Rechtsverhältnisse. Jedenfalls wird hiernach auch im Deutschen Reiche anzuerkennen sein die im Auslande erfolgte Todeserklärung eines Ausländers für diejenigen Rechtsverhältnisse, welche dem Rechte des Staates unterliegen, dessen Gericht die Todeserklärung ausgesprochen hat. (Die Todeserklärung ist kein Urteil im Sinn der ZPO. § 328, vielmehr ein Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit.)

(Über juristische Personen vgl. oben § 11.)

2. Die Gesetze, welche die Geschäftsfähigkeit einschränken, dagegen anlangend, so folgt aus dem Zwecke dauernder Fürsorge für die in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Personen, daß diese Fürsorge jedenfalls ihre Grenze an demjenigen findet, was der Staat hierin für notwendig erklärt, dem die betreffende Person dauernd angehört; eine weitergehende Fürsorge, die der Person etwa in einem anderen Staate zuteil werden sollte, würde nur Verwirrung hervorbringen, wie z. B., wenn der Staat A eine in seinem Gebiete sich aufhaltende, dem Staat B angehörige und nach dessen Gesetzen schon volljährige Person deshalb noch als geschäftsunfähig behandeln wollte, weil sie nach den in A geltenden Gesetzen das Alter der Volljährigkeit noch nicht erreicht haben sollte. Dagegen folgt für den umgekehrten Fall — daß eine nach ihrem heimatlichen Rechte geschäftsunfähige, nach dem Rechte des Aufenthaltsortes aber geschäftsfähige Person an letzterem Orte Rechtsakte vornimmt — die Ungültigkeit des Rechtsaktes keineswegs mit Notwendigkeit. Indes läßt sich für den europäischen Kontinent ein allgemeines, auch durch evidente Zweckmäßigkeitsgründe gestütztes, auf die Postglossatoren und die Statutentheorie zurückführendes Gewohnheitsrecht behaupten, kraft dessen die allgemeine Geschäftsfähigkeit lediglich nach dem heimatlichen Gesetze der Person beurteilt wird, und zwar wird nicht nur die Existenz der Geschäftsunfähigkeit, sondern auch deren Wirkung nach dem heimatlichen Gesetze der Person beurteilt. Die mit der Geschäftsunfähigkeit vom Gesetzgeber verfolgten Zwecke würden leicht illusorisch gemacht werden können, wenn mit Überschreitung der Grenze eines fremden Staates die bevormundete Person plötzlich geschäftsfähig werden könnte, und was würde es anderseits dem Staate A nützen, wenn er eine nach seinen Gesetzen geschäftsfähige, nach den Gesetzen der Heimat aber geschäftsunfähige Person wegen eines in seinem Gebiete vorgenommenen Rechtsaktes verurteilen wollte, die Gerichte des Heimatstaates aber, welche man in den meisten Fällen um Vollstreckung des Urteils ersuchen müßte, die Vollstreckung verweigern würden? Allerdings beurteilt die englisch-nordamerikanische Jurisprudenz die Geschäftsfähigkeit nach der Lex loci actus und beruft sich dafür auf den Zweckmäßigkeitsgrund der bona fides des Verkehrs: der Mitkontrahent könnte durch spätere Berufung des Ausländers auf dessen unbekannte Heimatsgesetze leicht getäuscht werden. Indes

läßt sich die bona fides des Verkehrs genügend dadurch schützen, daß man solche spätere Berufung auf ein dem anderen Kontrahenten unbekanntes Gesetz dann ausschließt, wenn diesem anderen Kontrahenten bezüglich der Erkundung der Geschäftsunfähigkeit eine Nachlässigkeit nicht zur Last fällt, wobei denn auch auf die Natur und die faktische Wichtigkeit des Geschäfts Rücksicht zu nehmen ist, — eine Modifikation des Grundsatzes der Anwendung des heimatlichen Gesetzes, die bereits bei französischen Gerichten Eingang gefunden hat.

Diese letztere Modifikation würde zugleich die richtige Lösung geben für die (übrigens durch die neueren Gesetzgebungen immer mehr beseitigten) Fälle, in denen das heimatliche Gesetz gewisse Personen zwar im allgemeinen für handlungsfähig erklärt, ihnen aber die Verpflichtungsfähigkeit in Ansehung einzelner Vertragsarten nimmt (z. B. die Wechselfähigkeit). Ein allgemeines hier die extraterritoriale Wirksamkeit des heimatlichen Gesetzes bewirkendes Gewohnheitsrecht wird sich — was freilich bestritten ist — nicht behaupten lassen. Der Sicherheit des Verkehrs würde extraterritoriale Wirkung solcher partiellen Geschäftsunfähigkeit nicht dienen, da in besonderer Weise beschränkte Personen ihr Vermögen faktisch in Händen haben, was bei allgemein geschäftsunfähigen Personen nicht der Fall sein wird.

Auch das EG. BGB. Art. 7 stellt als allgemeines Prinzip auf die Beurteilung der Geschäftsfähigkeit nach dem Gesetze der Staatsangehörigkeit. Die im Auslande einmal erworbene Geschäftsfähigkeit soll aber (was auch durchaus rationell ist) für einen Ausländer, der deutscher Reichsangehöriger wird, durch diesen letzteren Vorgang nicht verloren gehen. Aber für Rechtsakte, die ein Ausländer im Inlande (im Deutschen Reiche) vornimmt — mit Ausnahme jedoch der Rechtsgeschäfte, welche familienrechtlicher oder erbrechtlicher Natur sind, oder durch welche über ein ausländisches Grundstück verfügt wird —, soll die Geschäftsfähigkeit des Ausländers jedenfalls auch insoweit gelten, als sie nach den deutschen Gesetzen vorhanden sein würde. Dieser letztere, nunmehr auch in die Einführungsbestimmungen des schweizerischen Zivilgesetzbuchs Art. 61 (jetzt Art. 59) aufgenommene, die Anwendung des heimatlichen Gesetzes im (vermeintlichen) Interesse der inländischen Verkehrssicherheit ausschließende, bzw. beschränkende Satz ist nachgebildet dem analogen Satze des Art. 84 der Wechselordnung, über die Wechselfähigkeit von Ausländern, die im Inlande (im Deutschen Reiche) Wechselverpflichtung übernehmen, und dem § 53 der ZPO. von 1877 (jetzt § 55), welcher die Prozeßfähigkeit von Ausländern, die vor deutschen Gerichten als Parteien auftreten, betrifft, wie denn Rechtssätze gleichen Inhalts sich z. B. auch schon in dem preußischen allgemeinen Landrechte und in dem Gesetzbuche für das Königreich Sachsen fanden. Der Satz kann der Fassung nach nicht ausgedehnt werden auf Rechtsakte, die Deutsche im Auslande vornehmen, und da er sich somit als ein exzeptionell nur zugunsten gerade des im Deutschen Reiche stattfindenden Rechtsverkehrs angenommener charakterisiert, so kann er auch nicht angewendet werden auf Rechtsakte, die Ausländer im Auslande vornehmen. Der zuerst erwähnte besondere, die einmal erworbene Geschäftsfähigkeit betreffende Satz muß, weil er allgemeinen Prinzipien des internationalen Privatrechts entspricht, allgemein auch für Personen zur Anwendung kommen, die in einen ausländischen Staatsverband eintreten, indes nur, falls nach dem dortigen Gesetz oder einer feststehenden dortigen Praxis nicht das Gegenteil anzunehmen ist.

Es macht keinen Unterschied, ob die Geschäftsunfähigkeit unmittelbar durch Gesetz oder durch den vom zuständigen Gesetze für zuständig erklärten Richter verfügt, die Person also entmündigt ist. Indes kann eine Entmündigung als Notsache auch vom Staate des Wohnorts bzw. Aufenthaltsortes erfolgen (EG. BGB. Art. 8). Nach dem betreffenden Haager Abkommen ist für die Entmündigung Gesetz und Behörde des Staates der Staatsangehörigkeit prinzipiell zuständig; es können aber, wenn ein Angehöriger eines Vertragsstaates zu entmündigen wäre, vorläufige Maßregeln zum Schutze seiner Person und seines Vermögens von den Behörden des Aufenthaltsortes getroffen werden. Eine nach Maßgabe des Abkommens erfolgende Entmündigung ist in allen Vertragsstaaten wirksam, soweit es sich um die Geschäftsfähigkeit des Entmündigten und die Vormundschaft für ihn handelt.

Nicht alle Arten der Entmündigung werden in allen Staaten als wirksam anerkannt. So wird nach englischem Rechte eine in einem anderen Staate erfolgte Entmündigung wegen Verschwendung für Rechtshandlungen des Entmündigten in England oder über in England belegenes Grundvermögen nicht anerkannt.

V. Sachenrecht.

§ 18. Rechte an unbeweglichen Sachen. Das Sachenrecht beantwortet die Frage der unmittelbaren, völligen oder teilweisen, definitiven oder provisorischen Herrschaft über eine körperliche Sache. Es kann diese unmittelbare Herrschaft selbstverständlich nur anerkannt und ausgeübt werden in Gemäßheit des am Orte der Sache geltenden Rechts. Die ausschließliche Anwendung der Lex rei sitae für das gesamte Sachenrecht mit Inbegriff des Besitzrechtes, soweit unbewegliche Sachen in Frage stehen, ist denn auch seit den Zeiten des Mittelalters allgemein anerkannt worden für das Eigentumsrecht, Servituten, dingliche Belastungen — bei welchen das am Orte der dienenden Sache geltende Recht zu entscheiden hat —, ebenso aber für den Besitz und die Ersitzung aller solchen Rechte wie für die Entscheidung, ob eine Sache Res extra commercium und ob sie herrenlos sei.

§ 19. Rechte an beweglichen Sachen. Für diese ist in der älteren Literatur meist die Gültigkeit des Satzes: „Mobilia personam sequuntur" (oder „Mobilia ossibus inhaerent"), d. h. die Beurteilung nach dem heimatlichen Gesetze der Person besonders mit Rücksicht darauf behauptet, daß bewegliche Sachen leicht den Ort wechseln, letzterer nicht selten nur schwer bestimmbar ist. Mehr und mehr hat man jedoch nach dem Vorgange der deutschen Jurisprudenz sich von der Unhaltbarkeit dieser Regel (bei der es sofort zweifelhaft ist, ob das heimatliche Recht des Eigentümers oder des Besitzers zu entscheiden habe) und davon überzeugt, daß auch auf Mobilien die Lex rei sitae Anwendung finden müsse. Es entscheidet aber immer das Gesetz desjenigen Ortes, an welchem die Sache sich zur Zeit des betreffenden rechtserheblichen Ereignisses befand, und daraus folgt, daß ein nach den Gesetzen des Staates A rechtsgültiger Erwerb nicht dadurch unwirksam wird, daß die Sache später in das Gebiet des Staates B gebracht wird, nach dessen Gesetzen der frühere Erwerb an strengere Erfordernisse, z. B. an die Tradition, gebunden sein würde, während nach den Gesetzen des Staates A eine Tradition etwa nicht erfordert wird. Irgendein neues rechtserhebliches Ereignis, z. B. auch nur ein Besitzerwerb, muß aber auch in seinen Wirkungen auf früher in anderen Territorien erworbene Rechte an der Sache nach dem Übergange der Sache in das Territorium B nach den in B geltenden Gesetzen beurteilt werden. Man kann also insoweit von einer Präponderanz des am jeweilig letzten Orte der Sache geltenden Rechts sprechen; namentlich prävalieren die nach diesem Rechte stattfindenden Beschränkungen der Vindikation, der Geltendmachung von Pfandrechten zugunsten eines gutgläubigen Besitzers, und dieselbe Betrachtung führt z. B. auch dazu, daß möglicherweise die Frage, ob jemandem ein Pfandrecht an einer beweglichen Sache überhaupt zusteht, nach dem Rechte des Staates A, die Frage dagegen, welchen Rang dieses Pfandrecht im Verhältnis zu anderen Pfandrechten im Konkurse einnehme, nach dem Rechte des Staates B beurteilt werden muß. Nur insoweit ein Recht an einer beweglichen Sache von der Interpretation eines Vertrages, von der Absicht der Parteien bei Abschluß eines Vertrages abhängen sollte, wird man die Lex domicilii der Parteien zugrunde zu legen haben, und auch in der heutzutage praktisch wenig erheblichen Frage der Ersitzung beweglicher Sachen wird man, sofern es sich nicht um Sachen handelt, die, wie z. B. das Inventar eines Landgutes, ihrer Bestimmung nach dauernd an einen bestimmten Ort gebunden sind, kaum ein anderes Recht als das am Domizil des Besitzers geltende anwenden können. Fälle der letzteren Art und der Umstand, daß man den Zeitpunkt des Rechtserwerbs nicht gehörig beachtet, haben wohl manche ausländische Schriftsteller veranlaßt, noch an der an sich unhaltbaren, von ihnen selbst durch Ausnahmen völlig durchlöcherten Regel festzuhalten. Bei den englischen und nordamerikanischen Schriftstellern kommt hinzu, daß vermöge der Regel „Mobilia personam sequuntur" die Idee der Universalsukzession im Erbrechte für Mobilien, aber nur für diese, anerkannt wird. Indes sind die neuesten und namhaftesten Schriftsteller selbst in England und Nordamerika mehr und mehr von der Unhaltbarkeit der Regel für das, was wir Sachenrecht nennen, überzeugt; namentlich Wharton weist nach, daß sie in den Entscheidungen der Gerichtshöfe reell keine Basis hat.

Es kommt vor, daß eine Gesetzgebung gewisse bewegliche Sachen als unbewegliche behandelt. Bei einer Differenz der Gesetzgebungen über diese Frage muß das Gesetz des Ortes

entscheiden, welcher für das fragliche Rechtsverhältnis an sich maßgebend ist. Wenn z. B., soviel das eheliche Güterrecht, die Veräußerungsbefugnis des Ehemanns, die Zugehörigkeit zu der gemeinschaftlichen Gütermasse betrifft, gewisse Mobilien den Immobilien rechtlich gleichgestellt werden, so entscheidet dasjenige örtliche Gesetz, dem die Ehegatten in Ansehung ihres Güterrechts überhaupt unterworfen sind.

Das EG. BGB. enthält über die internationale Behandlung des Sachenrechts keine Bestimmung. Hiernach muß um so mehr die Anwendung der Lex rei sitae auch in Ansehung beweglicher Sachen Platz greifen, als die Praxis des Reichsgerichts und nicht minder die angesehener Oberlandesgerichte schon längere Zeit von dieser Ansicht ausgegangen war. Stand doch schon seit Savigny fest, daß die in § 28 der Einleitung zum preußischen allgemeinen Landrecht (vgl. auch österreichisches BGB. § 300) gegebene Regel der Beurteilung der Mobilien nach den für die Person des Eigentümers geltenden Gesetzen sich für das eigentliche Sachenrecht gar nicht durchführen lasse.

VI. Obligatorische Verträge.

§ 20. Allgemeine Grundsätze. Während die ältere Ansicht, die auch im Auslande noch als die im wesentlichen herrschende bezeichnet werden kann, für obligatorische Verträge den Ort des Vertragsschlusses als maßgebend ansah, ist seit Savigny in Deutschland meistens das Gesetz des Orts der Erfüllung angewendet worden, namentlich auch in der Praxis des Reichsgerichts.

Richtig und durchführbar ist aber allein die Ansicht, welche prinzipiell das Domizilgesetz des Schuldners zum Grunde legt [1], aber anerkennt, daß sowohl zahlreiche und wichtige Ausnahmen für obligatorische Verhältnisse im ganzen wie für einzelne Beziehungen der Obligation bestehen können (z. B. Modalitäten der Erfüllung), — eine Ansicht, die in neuerer Zeit von angesehenen deutschen Theoretikern vertreten ist. (Die Tätigkeit oder Leistung des Schuldners ist bei jeder Obligation die Hauptsache, und die dem Parteiwillen nicht nachgebenden Sätze des Obligationenrechts bezwecken fast durchgängig den Schutz des Schuldners, von dem auch meistens angenommen werden kann, daß er sich im Sinne des Gesetzes seines Domizils habe verpflichten wollen. Das Domizilgesetz, nicht dagegen das Gesetz der Staatsangehörigkeit, ist deshalb zu Grunde zu legen, weil für die Verkehrsverhältnisse des täglichen Lebens die Person durch Wahl des Domizils in die Rechtsordnung des Domizils eintritt.)

Als die wichtigsten Ausnahmen von der Anwedung der Lex domicilii des Schuldners sind folgende zu nennen:

1. Manche Bestimmungen des Verkehrsrechts beruhen auf Berücksichtigung rein lokaler Zustände. Hier ist die Lex domicilii auf Rechtsgeschäfte, die im Auslande abgeschlossen und dort abgewickelt werden sollen, nicht anzuwenden, vielmehr das ausländische Recht.

2. Die im internationalen Verkehr höchst wichtige bona fides kann auch sonst bei solchen lediglich im Auslande sich vollziehenden Rechtsverhältnissen die Anwendung eines anderen Gesetzes als desjenigen des Domizils des Schuldners verlangen, z. B. ein Inländer mietet sich während seines Aufenthaltes im Auslande daselbst eine Wohnung.

3. Für die Erfüllung kommen jedenfalls die am Orte der Erfüllung geltenden Prohibitivgesetze in Betracht (wir müssen die fremde Rechtsordnung innerhalb ihres Gebiets respektieren und können nicht ihre Gesetze einfach als nichtexistierend ansehen), und was Geldsorten, Maße und andere Modalitäten der Erfüllung betrifft, so muß im Zweifel angenommen werden, daß die Kontrahenten die am Orte der Erfüllung gesetzlichen oder üblichen im Sinne gehabt haben.

4. Verträge über unbewegliche Sachen sind regelmäßig nach der Lex rei sitae zu beurteilen.

5. Möglicherweise kann unsere Rechtsordnung ein Rechtsgeschäft in dem Sinne als unzulässig oder verwerflich betrachten, daß, wenngleich materiell das betreffende Rechtsverhältnis einer fremden Rechtsordnung angehört, doch bei uns jede gerichtliche Geltendmachung dieses Rechtsverhältnisses ausgeschlossen ist.

[1] Für diese Ansicht neuerdings auch einige Urteile eines Senats des Reichsgerichts.

Selbstverständlich kommt der Regel „Locus regit actum" im Obligationenrechte eine besonders praktische Wichtigkeit zu. Unter Abwesenden (brieflich, durch Telegramme oder telephonisch) abgeschlossene Verträge aber sind der richtigen, wiewohl sehr bestrittenen Ansicht nach formell nur dann gültig, wenn sie dies nach den Domizilgesetzen beider Kontrahenten sind. Aus dem Gesagten ergibt sich, daß eine gesetzliche Formulierung der für das Recht obligatorischer Verträge im allgemeinen maßgebenden Grundsätze höchst schwierig und deshalb mißlich ist. Das EG. BGB. hat — während Entwurf II des BGB. § 2242 noch eine Formulierung unter Zugrundelegung in erster Linie des Gesetzes des Ortes des Vertragsschlusses versucht hatte — auf solche Formulierung verzichtet.

§ 21. Einzelne Rechtsfragen des allgemeinen Teiles des Vertragsrechts. Die Klagbarkeit der Obligation ist, da sie nichts anderes als die Frage der mehr oder weniger vollkommenen Wirksamkeit der Obligation bedeutet, nicht etwa nach der Lex fori, sondern nach demjenigen Rechte zu beurteilen, welches überhaupt in Ansehung der Obligation entscheidet.

Die Änderung der obligatorischen Verhältnisse durch Dolus, Culpa, Verzug, Untergang des ursprünglichen Objekts der Obligation ist nach denjenigen Gesetzen zu beurteilen, welche überhaupt entscheiden über den Inhalt der fraglichen Obligation; denn jene Änderung ist gleichsam nur die Kehrseite der ursprünglichen Verpflichtung, oder sie stellt (wie z. B. die Mora des Gläubigers) eine Begrenzung dieser letzteren für bestimmte Fälle dar. Auf den Ort, wo die fraglichen Unterlassungen, Handlungen, zufälligen Ereignisse eintreten, kann es daher nicht ankommen. Nur für die Höhe des Interesses müßte z. B. das am Orte der Erfüllung Übliche, der dort übliche Marktpreis, insbesondere maßgebend sein.

Für die Interpretation eines Vertrags lassen zwar Anhaltspunkte, nicht durchgreifende Regeln sich aufstellen. Wichtig ist aber die Sprache, deren die Kontrahenten sich bedienen, wichtig auch zuweilen der Umstand, ob beide Kontrahenten derselben Nationalität angehören, und ob dies ihnen gegenseitig bekannt ist, wichtig ferner der Umstand, ob das Geschäft auf einer Messe, einem Markte, einer Börse geschlossen ist und zu den dort üblichen Geschäften gehört, und wenn jemand als ein einzelner aus dem Publikum mit einem Unternehmen kontrahiert, das Geschäfte der fraglichen Art massenweise nach feststehenden und allgemein kundgemachten Regeln abschließt, so hat er sich ohne weiteres auch dem Rechte unterworfen, welches am Sitze jenes Unternehmens gilt, so der Passagier, der Verfrachter, der eine Eisenbahn benutzt.

Für die Zession oder Übertragung einer Obligation ist zunächst maßgebend das Gesetz, welches überhaupt für die Obligation normiert, also regelmäßig das heimatliche Gesetz des Schuldners; die Frage ist ja, ob der Schuldner noch dem ersten Gläubiger oder bereits dem Sukzessor verpflichtet ist. Aber die Zession oder Übertragung kann auch als selbständiges Rechtsgeschäft betrachtet werden. Der Schuldner wird daher auch liberiert, wenn das letztere gültig ist (etwa nach dem Rechte des Ortes der Zession), und er hat, wenn der erste Gläubiger gleichwohl noch fordert, diesem gegenüber die Exceptio doli. Die Frage, ob eine vom Gesetze gemißbilligte Zession vorliegt, welche den Schuldner teilweise befreit (lex Anastasiana), ist meistens nach der Lex domicilii des Schuldners zu beurteilen; solche Gesetze bezwecken gerade den Schutz der Schuldner; genau richtig wird man sagen: auch darüber entscheidet kein anderes Gesetz als das im allgemeinen bezüglich der Obligation maßgebende.

Für die Ratihabition eines Vertrags kommt das Gesetz des Ortes der Bestätigung in Betracht, wenn die Ratihabition Bedingung der Gültigkeit ist; dient sie nur zum Beweise, so ist der Ort des ursprünglichen Vertragsschlusses maßgebend.

Besonders streitig und zweifelhaft ist die Beurteilung der Anspruchsverjährung. Während die englisch-nordamerikanische Jurisprudenz diese Verjährung als prozessuales Institut betrachtet und demnach die Lex fori anwendet, will die jetzt im Deutschen Reiche vorherrschende insbesondere von der Praxis des Reichsgerichts angenommene Ansicht die Verjährung nach dem im übrigen für die Obligation selbst maßgebenden Gesetze beurteilen. Da aber die Verjährungsgesetze unzweifelhaft den Schutz des Schuldners bezwecken, ist doch eine gewisse Berücksichtigung der Lex domicilii angezeigt, und ist wohl folgende vermittelnde Ansicht richtig:

die Obligation ist überall als verjährt zu betrachten, wenn sie verjährt ist nach dem Gesetze, welches für die Obligation an sich maßgebend ist; außerdem aber kann sich der Schuldner auf sein (ihm etwa günstigeres) Domizilgesetz berufen, falls die Klage in foro domicilii angebracht wird. Die Gesetze eines dritten zufälligen Klageortes kommen nicht in Betracht; bei einer Änderung des Domizils würde der Schuldner sich berufen können auf das Gesetz des früheren oder dasjenige des späteren Domizils, je nachdem dies ihm vorteilhafter erscheint; aber die Verjährung in Gemäßheit der Gesetze des späteren Domizils würde erst vom Zeitpunkte des Erwerbes dieses Domizils an beginnen. Die Ansicht, welche sogar einen willkürlich gewählten Erfüllungsort für die Verjährung maßgebend erklärt, führt auch hier zu widersinnigen Konsequenzen.

§ 22. Verpflichtungen unmittelbar durch Gesetz, insbesondere aus unerlaubten Handlungen. Diese Verpflichtungen sind entweder rechtliche Konsequenzen anderer Rechtsverhältnisse (z. B. des Grundeigentums), und dann nach dem für diese maßgebenden Rechte zu beurteilen, oder sie sind rechtliche Konsequenzen der allgemeinen Handlungsfreiheit, Bewegungsfreiheit, insbesondere auch rechtliche Konsequenzen der Überschreitung der Grenzen dieser Freiheit, in welchem letzteren Falle die Handlung als unerlaubte erscheint. Die allgemeine Bewegungs- und Handlungsfreiheit aber kann für alle in einem Territorium befindlichen Personen nur einheitlich bestimmt werden, und daß dies allein billig ist, muß auch vom ausländischen Gesetzgeber, der etwa in Ansehung der Schadensersatzpflicht für sein Territorium abweichende Grundsätze aufstellt, anerkannt werden, um so mehr, da jeder Kulturstaat heutzutage Fremden den Eintritt in sein Territorium gestattet. Daraus folgt die Beurteilung der rechtlichen Konsequenzen nach der Lex loci actus (genauer: nach dem Gesetz des Aufenthaltsortes des angeblich verpflichtenden Ereignisses). Die Ansicht Wächters und Savignys, welche hier, weil es sich um zwingende Gesetze handle, lediglich die Lex fori anwenden wollen, ist unhaltbar, hat aber eine Zeitlang die deutsche Praxis stark beeinflußt, welche erst neuerdings wieder zu der früher herrschenden Ansicht der Beurteilung nach der Lex loci actus zurückgekehrt ist (so insbesondere das Reichsgericht). Nur soweit es sich um Privatstrafe, nicht aber um Schadensersatz handelt, würde die lex fori dahin in Betracht zu ziehen sein, daß der Richter zu einer Strafe nur insoweit verurteilen darf, als seine Gesetze dies für gerecht erklären; hier ist die Analogie des öffentlichen Strafrechts maßgebend. Die englisch-nordamerikanische Praxis nimmt eine Verpflichtung ex delicto nur soweit an, als dieselbe sowohl von der Lex fori wie von der Lex loci actus anerkannt wird.

Das EG. BGB. Art. 12 bestimmt: „Aus einer im Auslande begangenen unerlaubten Handlung können gegen einen Deutschen nicht weitergehende Ansprüche geltend gemacht werden, als nach den deutschen Gesetzen begründet ist.“ Unzweifelhaft ist hiernach anzunehmen, daß Ansprüche aus im Deutschen Reiche begangenen Handlungen nach deutschem Rechte beurteilt werden und nach deutschem Rechte verpflichten. Die beschränkende Vorschrift aber kann nur zugunsten eines Deutschen geltend gemacht werden; der Wortlaut des Gesetzes spricht entschieden gegen die Annahme des erwähnten allgemeineren Prinzips der englisch-amerikanischen Jurisprudenz.

Die Fähigkeit, sich durch unerlaubte Handlungen zu verpflichten, wird allgemein nicht nach dem heimatlichen Gesetze der Person beurteilt, vielmehr nach demselben Gesetze, nach dem die fragliche Handlung überhaupt zu beurteilen ist.

VII. Sogenannte Immaterielle Rechte.

§ 23. Diese (Urheberrecht, Patentrecht, Recht der Handelsmarke, Recht des ausschließlichen Gebrauchs einer Firma, eines Namens) sind dem Publikum gegenüber Verbietungsrechte (Beschränkungen der allgemeinen Handlungsfreiheit), ihrer Zuständigkeit nach dagegen reine Privatrechte. Danach bestimmt sich die internationale Behandlung. Ob also eine Verletzung des Rechtes stattgefunden hat, ist nach dem Gesetze des Ortes der Handlung zu beurteilen, also auch der Umfang des Urheberrechts, die Schutzfrist, die Frage, ob das Objekt überhaupt ein zu schützendes ist. Dagegen ist die Übertragung des Rechtes nach denjenigen Grundsätzen zu beurteilen, welche sonst für Übertragung solcher Rechte gelten, die nicht un-

mittelbar Rechte an körperlichen Sachen sind. Über Urheberrecht, Recht der Handelsmarken, Patentrecht normieren jetzt in erster Linie meist Staatsverträge. (Besonders wichtig die 1883 zu Paris zwischen einer großen Anzahl von Staaten geschlossene internationale Übereinkunft nebst Madrider Protokoll von 1891 und Brüsseler Zusatzakte von 1900, ferner die in Washington geschlossene Konvention zum Schutze des gewerblichen Eigentums und die Berner Konvention von 1886 über das sogenannte literarische und artistische Eigentum, jetzt revidiert durch eine 1908 in Berlin geschlossene Konvention; daneben bestehen besondere Verträge einer großen Anzahl von Staaten.)

Verschiedenheiten auch in der internationalen Behandlung der verschiedenen hierher gehörigen Rechte ergeben sich daraus, daß es nicht wohl möglich ist, daß mehrere Personen unabhängig voneinander literarische und artistische Werke schaffen, die einander gleichen, während es sehr möglich ist, daß mehrere Personen unabhängig voneinander dieselbe Erfindung machen. Daher verlangt nicht das Urheberrecht an literarischen und Kunstwerken, wohl aber das Patent- und Musterschutzrecht besondere das Recht als solches feststellende Einrichtungen (Eintragung in öffentliche Register, Bekanntmachungen), denen in einem Staate mit Wirksamkeit für andere nicht genügt werden kann, so daß der Schutz in jedem Staate besonders nachgesucht und erlangt werden muß. Da auch Urheber- und Patentrecht und Musterschutz ursprünglich nur kraft besonderer Privilegien existierten, so hat der Ausländer diese Rechte nicht ohne weiteres, aber jetzt meist auf Grund vertragsmäßiger Reziprozität, während andererseits auch erstmalige Veröffentlichung eines Werks bzw. gewerbliche Niederlassung im Inlande meist den Schutz des inländischen Gesetzes begründet.

VIII. Handelsrecht.

Diena, Trattato di diritto commerciale internazionale. 3 Bde. Firenze. 1900—1905. Das Werk von Meili siehe oben S. 5.

§ 24. Im Handelsrechte kommen zu besonderer Anwendung (zum Teil in Kombinationen) die Regeln, welche juristische Personen und deren Rechtsfähigkeit, die immateriellen, Rechte, obligatorische Verträge, Rechte an Sachen und endlich Verpflichtungen unmittelbar aus dem Gesetze betreffen. Der notwendigen Raumbeschränkung wegen kann hier nur Folgendes hervorgehoben werden.

§ 25. Die Frage, ob eine Sache Handelssache sei im Sinne des materiellen Rechts, muß nach demjenigen Rechte beurteilt werden, welches überhaupt in Ansehung der Obligation entscheidet; dagegen ist die Frage, ob ein Prozeß als Handelssache im prozessualen Sinne zu gelten habe, also vor besondere Handelsgerichte (nach dem deutschen Gerichtsverfassungsgesetze vor die Handelskammern der Landgerichte) gehöre, nach der Lex fori zu entscheiden. Die Frage, ob jemand Kaufmann im Sinne des Gesetzes sei, ist in einem Prozesse immer nur eine Vorfrage für die Beurteilung der Frage, ob ein Handelsgeschäft vorliege; daher muß das vorhin Bemerkte auch hier entscheiden; nur insofern die Frage, ob jemand Kaufmann sei, abhängt von der Geschäftsfähigkeit, muß das Personalstatut entscheiden.

§ 26. Die Rechtsfähigkeit ausländischer Handelsgesellschaften wird auf Grund von Staatsverträgen oder unter Voraussetzung der Reziprozität allgemein anerkannt. Die rechtliche Existenz einer Handelsgesellschaft ist dabei nach dem Gesetze des Ortes zu beurteilen, wo die Gesellschaft ihren Sitz hat. Doch müssen Filialen auswärtiger Gesellschaften den für inländische Gesellschaften bestehenden Vorschriften nachkommen (Eintragung ins Handelsregister usw.), für einzelne Geschäftszweige (Versicherungsgeschäfte) auch besondere Bedingungen erfüllen. Konsequenz der Rechtsfähigkeit ist das Firmenrecht, während das Recht der Handelsmarke (Handelsfabrikzeichen) als ein besonders zu erwerbendes Recht behandelt wird.

§ 27. Die Frage, inwieweit jemand haftet als Gesellschafter, Prinzipal, Reeder für Handlungen eines Gesellschafters, eines Prokuristen, Schiffsführers im Auslande, muß abhängen von dem Gesetze des Wohnorts beziehungsweise der Handelsniederlassung der Gesellschaft. Genau betrachtet handelt es sich hier überall um die Frage der Existenz und des Umfangs einer Vollmacht; daß auf Grund und in Veranlassung der Vollmacht im Auslande

gehandelt wird, ändert die Bedeutung dieser Vollmacht nicht. Jener Satz wird namentlich auch Anwendung finden müssen auf die Wirkungen der Eintragung oder Nichteintragung von Erklärungen im Handelsregister in Gemäßheit des deutschen Handelsgesetzbuchs.

§ 28. Bei dem Frachtrechte kommen Grundsätze des Obligationenrechts, aber auch des Sachenrechts zur Anwendung (z. B. für die Frage des Überganges des Eigentums, der Begründung bzw. Fortdauer eines Pfandrechtes am Frachtgut). Frachtverträge, die von einzelnen Privaten mit großen Frachtunternehmungen, insbesondere Eisenbahnen geschlossen sind, werden meist nach dem im Lande des Frachtbetriebes geltenden Gesetze zu beurteilen sein. Ein internationaler Vertrag (Berner Konvention von 1890) hat unter einer Anzahl europäischer Staaten, zu denen das Deutsche Reich gehört, ein uniformes Frachtrecht geschaffen, jedoch nur für den internationalen Verkehr.

§ 29. Für das Wechselrecht werden folgende Grundsätze als richtig zu bezeichnen sein:

a) Die Natur des Wechselverkehrs erfordert ein möglichst weitgehendes Vertrauen auf den geschriebenen Wortlaut, auf die Litera scripta der Wechselerklärung. Daher sprechen sich die englisch-nordamerikanischen Juristen auch, abgesehen von der für den Wechselverkehr besonders wichtigen Regel „Locus regit actum" (vgl. deutsche Wechselordn. Art. 85), für die Beurteilung aller Erfordernisse der Gültigkeit der Wechselerklärung nach der Lex loci actus aus, d. h. praktisch genommen wohl für die Anwendung des Rechts des Ortes, von welchem die Wechselerklärung datiert ist. Die französische und italienische Jurisprudenz beurteilt die Wechselfähigkeit allgemein nach dem Personalstatut des Verpflichteten, die deutsche Jurisprudenz nur die Verpflichtungen von Deutschen; sie bezieht den Artikel 84 der deutschen Wechselordnung (vgl. oben § 17 S. 27) seinem Wortlaute gemäß nur auf Verpflichtungen der Ausländer (Nichtdeutschen) im Inlande (Deutschland), nicht auf den Fall der Verpflichtungen der Inländer im Auslande und ebenso die unten erwähnte internationale im Haag 1912 geschlossene Konvention über uniformes Wechselrecht. Dagegen hatte der internationale Handelsrechtskongreß zu Antwerpen 1885 den Grundsatz der englisch-nordamerikanischen Jurisprudenz angenommen.

b) Die einzelne Wechselerklärung steht, was ihre Gültigkeit, ihren Inhalt (z. B. in Ansehung der Retourrechnung), ihre Fortdauer und anderseits ihr Erlöschen betrifft, abgesehen von dem unter c und d Hervorzuhebenden lediglich unter ihrem eigenen Rechte und ist bei gezogenen Wechseln keineswegs abhängig von dem am Wohnorte des Bezogenen geltenden Rechte (vgl. in dieser Beziehung namentlich Deutsche Wechselordnung Artikel 85 Absatz 2). Die Notwendigkeit einer Protesterhebung ist also als Voraussetzung der einzelnen Wechselverpflichtung immer nach deren besonderem Rechte zu beurteilen.

c) Für die Wechselsumme ist die am Zahlungsorte geltende Münzsorte maßgebend; ebenso ist die Protestfrist, die Frage, ob Respekttage bestehen, die Form der Protesterhebung von dem Rechte des Zahlungsortes abhängig.

d) Die Mortifikation abhanden gekommener Wechsel sollte nach dem am Wohnorte des Trassaten bzw. bei eigenen Wechseln nach dem Wohnorte (der Handelsniederlassung) des Ausstellers geltenden Rechte beurteilt werden. Regelmäßig wird auch dieser Ort Erfüllungsort sein.

e) Die Zulässigkeit eines besonderen Wechselprozesses hängt ab zunächst von der Lex fori, sog. Wechselarrest, der übrigens mehr und mehr nur noch der Geschichte angehört, sollte auch nur stattfinden dürfen, wenn das Gesetz, unter welchem die betreffende einzelne Verpflichtung steht, ihn gegen den Verpflichteten gestattet.

Ein schon seit längerer Zeit verschiedentlich — insbesondere durch ein 1885 ausgearbeitetes Projekt des Institutes für internationales Recht — ins Auge gefaßtes uniformes (universell geltendes) Wechselrecht ist 1912 im Haag durch ein unter einer bedeutenden Zahl von Staaten, zu denen auch das Deutsche Reich gehört, geschlossenes Abkommen aufgestellt. Indes kann von Uniformität (Universalität) des hier geschaffenen Wechselrechts nur in beschränktem Sinne die Rede sein, da den Vertragsstaaten erhebliche Abweichungen gestattet sind, und z. B. England und Nordamerika nicht zu den Vertragsstaaten gehören.

Leichter zu erreichen ist Uniformität für das Scheckrecht (bei welchem übrigens die Kollisionsfälle differierender Gesetze weniger von Bedeutung sind, als beim Wechselrecht). So

ist 1912 auch ein internationales Abkommen über ein uniformes Scheckrecht im Haag abgeschlossen, und diesem Abkommen sind auch England und Nordamerika beigetreten.

Beide Abkommen, sowohl das Abkommen über uniformes Wechselrecht, wie das über uniformes Scheckrecht enthalten auch Kollisionsnormen.

§ 30. Bei Papieren auf den Inhaber ist zu unterscheiden die Obligation und andererseits das dingliche Recht am Papiere. Die Person des Forderungsberechtigten wird durch das Recht am Papiere bestimmt, während Inhalt der Verpflichtung und Entstehung wie Fortdauer der Verpflichtung abhängig sind von der Lex domicilii des Verpflichteten (daher auch die Mortifikation abhanden gekommener Inhaberpapiere.) Vindikation ist der richtigen Ansicht nach ausgeschlossen, wenn das für den Erwerb des Papiers maßgebende Gesetz sie ausschließt.

§ 31. Das Seerecht bereitet international besondere Schwierigkeiten.

a) Eigentum und Pfandrecht an Seeschiffen müssen in erster Linie, da die Gesetze Seeschiffe hierbei als unbewegliche Sachen behandeln und Eintragungen in öffentliche Register vorschreiben, nach dem Gesetze des Heimathafens beurteilt werden. Die natürliche Beschaffenheit der Schiffe als bewegliche Sachen fordert aber in gewissen Beziehungen Berücksichtigung des Gesetzes des Aufenthaltsortes des Schiffes. Eine Staatenkonferenz (Brüssel 1910) hat Vorentwürfe zu einem internationalen Übereinkommen über Schiffshypotheken und sog. Schiffsprivilegien wie über die beschränkte Haftung der Schiffseigentümer ausgearbeitet.

b) Im Seefrachtrecht ist häufig das Recht des Bestimmungshafens (oder des Hafens, in dem die Löschung erfolgt) als maßgebend angenommen (so besonders in der deutschen Praxis). Vermutlich würde die Beurteilung nach dem Rechte des Schiffes (der Flagge) zweckmäßiger sein. (Zum Seefrachtrecht gehört auch die Regelung der sog. Havarie.)

c) Ansprüche auf Ersatz eines durch Zusammenstoß von Schiffen verursachten Schadens sind Ansprüche, unmittelbar beruhend auf Gesetz (vgl. oben), daher prinzipiell nach dem Gesetze des Ortes zu beurteilen, an welchem der Zusammenstoß erfolgte, und ebenso sind zu beurteilen nicht auf Vertrag beruhende Ansprüche wegen Bergung von Schiffsgütern und Schiffen. Besondere Schwierigkeiten und Zweifel bereitet aber der Zusammenstoß in offener See, da es hier an einem örtlich herrschenden Gesetze fehlt. 1910 ist daher zu Brüssel ein Übereinkommen unter den bedeutendsten Seestaaten — darunter das Deutsche Reich — geschlossen über ein einheitlich für die Schiffe dieser Staaten überall geltendes Recht.

IX. Familienrecht.

§ 32. Einleitung. Wenn in irgendeiner Materie das persönliche (heimatliche) Recht der Parteien maßgebend sein soll, so wird dies für das Familienrecht behauptet werden müssen. Es handelt sich hier um ihrer Natur nach dauernde Verhältnisse von Person zu Person, welche zu regeln der heimatliche Staat alles, der fremde Staat, in welchem etwa die Parteien sich vorübergehend aufhalten, im allgemeinen kein Interesse hat. Das Grundprinzip der Behandlung nach dem heimatlichen Rechte der Parteien steht auch fest. Nur über Anwendungen im einzelnen herrscht Meinungsverschiedenheit, und allerdings ist es in manchen Beziehungen nicht so einfach zu beurteilen, ob und inwieweit das heimatliche Gesetz etwa der Regel „locus regit actum" oder den am Orte des urteilenden Gerichts geltenden Gesetzen oder der lex rei sitae im einzelnen nachzugeben habe, da in das Familienrecht auch Rechtsgeschäfte eingreifen, die Gesetze aber, welche das Familienrecht betreffen, zum großen Teile dem Privatwillen nicht nachgeben.

Die oben (§ 5 a, b) genannten internationalen Haager Übereinkommen sanktionieren die hier als richtig bezeichneten Grundsätze, im Eherecht freilich mit einzelnen Abweichungen oder Unklarheiten sowie Vorbehalten für abweichende gesetzliche Bestimmungen in Vertragsstaaten.

§ 33. Eherecht. Aus dem angegebenen Prinzip folgt, daß die Fähigkeit zur Eingehung einer Ehe nach dem heimatlichen Gesetze der Eheleute zu beurteilen ist, und zwar muß, wenn Mann und Frau vor der Ehe verschiedenen Staaten angehören, nach der meist angenommenen Ansicht die Fähigkeit nach den Gesetzen eines jeden der Verlobten vorhanden sein (vgl. auch EG. BGB. Art. 13, Abs. 1), auch insofern es sich um lediglich im

öffentlichen Interesse bestehende Ehehindernisse (z. B. um zu nahe Verwandtschaft) handelt. Etwaige Dispensationen von Ehehindernissen, sofern durch Beseitigung der letzteren die Gültigkeit der Ehe bedingt wird, sind daher auch bei den Behörden des Landes einzuholen, welchem die in die Ehe eintretende Person angehört.

Für die Form der Eheschließung gilt, wie bemerkt, die Regel „Locus regit actum" (nach der Gesetzgebung mancher Staaten hier mit zwingender Bedeutung) für den Staat, in welchem die Ehe geschlossen wird, (so EG. BGB. Art. 13, Abs. 3). Die Regel Locus regit actum ist der richtigen Ansicht nach — abgesehen von entgegenstehender positiver Vorschrift — auch dann nicht ausgeschlossen, wenn in dem Heimatstaate der Eheleute ausschließlich kirchliche, an dem Orte der Eheschließung aber nur bürgerliche Trauung mit rechtlicher Wirkung stattfindet. (In dieser Hinsicht freilich Vorbehalt im Haager Abkommen.) Die nordamerikanische Jurisprudenz beurteilt bis jetzt auch die persönliche Fähigkeit zur Eheschließung nach dem Gesetz des Ortes der Eheschließung. Die englische Jurisprudenz wendet in manchen Beziehungen bereits, was die Fähigkeit der Ehe betrifft, das Gesetz des Domizils an.

Jeder Staat kann ihn vertretenden Gesandten und Konsuln die Befugnis erteilen, als Zivilstandesbeamter im Auslande zu fungieren für Ehen, die von seinen Staatsangehörigen geschlossen werden, aber mit allgemein anzuerkennender Gültigkeit der Ehe nur, wenn beide Eheleute seine Angehörigen sind. (Vgl. Reichsgesetz v. 4. Mai 1870 über die Eheschließung der Reichsangehörigen im Auslande; indes auch oben § 14.)

§ 34. Eheliches Güterrecht. Daß die Vermögensverhältnisse der Ehegatten, besonders die Rechte des Mannes am Vermögen der Frau, von den Gesetzen der Staatsangehörigkeit des Mannes (beziehungsweise des Domizils des Mannes) abhängen, und zwar ohne Rücksicht auf die Lage selbst von Immobilien, welche zu den betreffenden Vermögensmassen gehören, ohne Rücksicht auch auf den Ort der Eheschließung, ist in Deutschland und Italien jetzt die unbedingt herrschende, in Frankreich neuerdings mehr und mehr angenommene Ansicht, welche auch im EG. BGB. Art. 15 Abs. 1, für Ehen deutscher Staatsangehöriger (bei denen der Ehemann Deutscher ist) ausdrücklich anerkannt ist. Weniger klar und bestimmt ist die englisch-nordamerikanische Jurisprudenz. Sie neigt sich indes immer mehr zu der Anerkennung des richtigen Prinzips, daß nicht der zufällige Ort der Eheschließung, sondern das Domizil der Ehegatten (d. h. also das des Ehemannes) entscheidet, und hält nur noch fest an der z. B. auch von der älteren französischen Jurisprudenz behaupteten Beurteilung der Rechte an Immobilien nach der Lex rei sitae. Die Richtigkeit dieser letzteren Ansicht ist in der Tat ebensowenig für den Standpunkt der französischen Coutumes wie für denjenigen des englischen Rechts bestreitbar. Beide Rechtssysteme sind noch nicht vollkommen zu der Auffassung des Vermögens als eines idealen, einheitlichen Ganzen gelangt. Es ist so, als bestände das Vermögen aus Lehngut und Allod; für ersteres wird man auch in Deutschland die Lex rei sitae für maßgebend erachten. Gehören die Ehegatten persönlich einem Staate an, in welchem das Vermögen (auch im Erbrechte) als ideale Einheit betrachtet wird (so ist es nach dem BGB. und bereits nach dem früheren gemeinen Rechte, überhaupt nach den Gesetzgebungen des europäischen Kontinents), so muß doch selbst von der heimatlichen Gesetzgebung der Ehegatten die Wirksamkeit der Lex rei sitae in Ansehung des auswärtigen Vermögens anerkannt werden, wenn dieses letztere Gesetz diesen Besitz nach der Weise des englisch-nordamerikanischen Rechts als Sondervermögen behandelt. Dies gilt auch nach ausdrücklicher Bestimmung des EG. BGB. Art. 28 für derartiges auswärtiges Vermögen deutscher Ehegatten. (In diesen Beziehungen übereinstimmend Haager Abkommen Art. 27.) Außerdem könnte zur Wirksamkeit des ehelichen Güterrechts gegenüber Dritten in Gemäßheit der lex rei sitae Eintragung in ein öffentliches Buch (Grundbuch) erforderlich sein.

Bei einem Wechsel der Staatsangehörigkeit der Ehegatten besteht (sofern nicht das Gesetz des Staates, dem die Ehegatten nun angehören, ein anderes vorschreibt) das einmal begründete eheliche Güterrecht fort, da es doch schwerlich die Absicht des Gesetzes sein kann, einmal rechtsgültig begründete eheliche Güterverhältnisse zwecklos umzustoßen, falls überhaupt vertragsmäßige Abweichungen von dem nach dem Gesetze regelmäßig eintretenden Güterrechte gestattet werden (Unwandelbarkeit des ehelichen Güterrechts). Diese

bereits früher von der Praxis des RG. und jetzt im Haager Abkommen angenommene Ansicht gilt nach EG. BGB. Art. 15 für den Fall, daß zur Zeit der Eingehung der Ehe der Ehemann Deutscher war, sowie für solche Eheleute, die erst später die deutsche Staatsangehörigkeit erwerben, für Angehörige von nicht dem Haager Abkommen beigetretener Staaten; nur erhalten bisher ausländische Ehegatten durch den Erwerb der deutschen Reichsangehörigkeit die Befugnis, ihr eheliches Güterrecht vertragsmäßig zu ändern, sollte ihnen auch nach dem ausländischen Gesetze diese Befugnis entzogen gewesen sein. Dritten gegenüber erlangen aber nur nach einem auswärtigen Gesetze geltende Beschränkungen der Verwaltungs- und Nutzungsbefugnisse des Ehemanns erst durch Eintragung in das Güterrechtsregister des zuständigen deutschen Gerichts Wirksamkeit, und gewisse, nach dem BGB. bestehende Verwaltungsbefugnisse der Ehefrau gelten, soweit sie Dritten günstiger sind als das ausländische Gesetz, unbedingt (Art. 16). Diese Rechtssätze gelten auch für ausländische Eheleute, die ihren Wohnsitz im Deutschen Reiche haben.

§ 35. Persönliche Rechtsverhältnisse der Ehegatten. Unzweifelhaft muß hier das Personalstatut der Ehegatten entscheiden; indes können dergleichen Rechte des einen Ehegatten gegen den anderen sowohl an dem Gesetze des Aufenthaltsorts wie an der Lex fori eine Schranke finden. Zwang kann nicht weiter angewendet werden, als diese letzteren Gesetze gestatten [1]. Art. 15 des EG. BGB. bestimmt, daß persönliche Rechtsbeziehungen deutscher Ehegatten zueinander nach den deutschen Gesetzen beurteilt werden sollen, auch wenn die Ehegatten im Auslande wohnen; die Ehefrau, die Deutsche geblieben ist, während der Mann die deutsche Reichsangehörigkeit verloren hat, soll, was die persönlichen Beziehungen betrifft, ihr deutsches Recht behalten. Über die persönlichen Beziehungen ausländischer Ehegatten enthält das EG. eine ausdrückliche Bestimmung nicht.

Zu den persönlichen Rechtsbeziehungen ist auch die Alimentationspflicht zu rechnen. Bei Verschiedenheit des persönlichen Rechts der Ehegatten wird sie nur soweit anzuerkennen sein, als dies nach dem einen wie nach dem anderen Gesetze der Fall ist.

§ 36. Ehescheidung. Aus dem oben § 23 angegebenen Prinzip folgt hier unmittelbar die Anwendung lediglich des Personalstatuts der Ehegatten. Andererseits aber kann, da bei der Ehescheidung es sich um unmittelbare Verwirklichung auch sittlicher Grundsätze handelt, der Richter auf die Ehescheidung auch nur sein eigenes Gesetz oder ein für den fraglichen Fall mit der Lex fori übereinstimmendes Gesetz anwenden. Der Widerstreit löst sich dadurch, daß man für die Ehescheidung eine exklusive Zuständigkeit des heimatlichen Gerichts der Ehegatten annimmt und nur ausnahmsweise eine Ehescheidung durch die Gerichte eines anderen Staates dann für zulässig erklärt, wenn für den fraglichen Fall auch das heimatliche Gesetz der Ehegatten die Scheidung gestattet. So insbesondere das EG. BGB. Art. 17, Abs. 1 und 4. (Vgl. Art. 1—3, 5 des Haager Abkommens.)

§ 37. Verhältnis von Eltern und Kindern. In betreff des Verhältnisses zwischen Eltern und Kindern muß das Personalstatut der Eltern also regelmäßig des Vaters entscheiden, so insbesondere über die Alimentationspflicht. Die Frage der ehelichen Geburt muß abhängen von dem heimatlichen Gesetze des angeblichen Vaters: es fragt sich eben, ob das Kind der Familie dieser Person angehöre. Auch die besonders wichtigen Präsumtionen für oder gegen die Annahme der ehelichen Erzeugung sind nach demselben Rechte zu beurteilen (vgl. unten das Prozeßrecht). Dasselbe muß auch für die nachfolgende Legitimation eines unehelichen Kindes gelten; wenn jedoch das Kind einem anderen Staate angehört als demjenigen, welchem der Vater angehört, so wird es notwendig sein, daß die Legitimation auch in Übereinstimmung mit den Gesetzen jenes ersteren Staates erfolge. Das Verhältnis eines unehelichen Kindes zur Mutter ist nach dem Personalstatut der Mutter zu beurteilen.

Diesen Sätzen sind die Bestimmungen des EG. BGB. Art. 18—22 im wesentlichen konform; doch spricht das Gesetz auch hier nur von den Fällen, in denen der Vater beziehungsweise die Mutter die deutsche Reichsangehörigkeit besitzt, und es soll das Rechtsverhältnis eines

[1] Übereinstimmend Art. 1 des betreffenden Haager Abkommens.

dem Deutschen Reiche angehörenden Kindes zu den Eltern immer nach den deutschen Gesetzen beurteilt werden, wenn die Eltern früher Deutsche waren. Diese letztere, selbstverständlich für den deutschen Richter maßgebende Bestimmung wird aber bei einem Widerstreit der Gesetzgebung, der nach dem Austritt aus dem deutschen Reichsverbande der Vater (bzw. die Mutter) unterworfen ist, sich schwerlich realisieren lassen, insbesondere soweit Rechte des Vaters am Vermögen des Kindes in Betracht kommen; die Rechte des Vaters am Vermögen der seiner Gewalt unterworfenen Kinder müssen der richtigen Ansicht zufolge nach deren heimatlichem Gesetze beurteilt werden, und zwar nach dem Gesetze derjenigen Staatsangehörigkeit, welche zur Zeit der fraglichen Erwerbung bestand. Eine Unveränderlichkeit, wie solche für das eheliche Güterrecht zu behaupten ist, kann hier der richtigen Ansicht nach nicht Platz greifen, wenngleich die an einzelnen Vermögensbestandteilen bereits begründeten Rechte fortbestehen müssen.

In England und Nordamerika will man auch jetzt noch die Wirkungen der in Gemäßheit der Lex domicilii begründeten Familienverhältnisse in bezug auf Grundbesitz nicht anerkennen; man will vielmehr, wie die Rechte des Mannes am Vermögen der Frau, so auch die Rechte des Vaters am (unbeweglichen) Vermögen der Kinder nur nach der lex rei sitae beurteilen und leugnet auch die Wirkungen der im Auslande (nach der lex domicilii) erfolgten Legitimation für Sukzessionen in englisches bzw. nordamerikanisches Grundeigentum. Ohne Zweifel haben wir es in letzterer Beziehung mit einer Nachwirkung des alten englischen Rechtssatzes zu tun, welcher den unehelich Geborenen die volle Rechtsfähigkeit versagte. Gemäß dem Standpunkte des modernen Rechts ist jene englisch-nordamerikanische Ansicht schwerlich konsequent.

Übrigens erkennt auch EG. BGB. Art. 28 die Herrschaft der Lex rei sitae an, soweit diese das ihr unterworfene Vermögen des Kindes als Sondervermögen behandelt, wie dies nach englischem Rechte der Fall ist.

Die Unterhaltsansprüche eines unehelichen Kindes gegen den angeblichen Erzeuger wurden nach einer früher vielfach angenommenen, jedoch unhaltbaren Ansicht auf eine Obligatio ex delicto zurückgeführt und demgemäß entweder nach dem Gesetze des Ortes, wo der geschlechtliche Umgang stattgefunden hatte, oder nach der Lex fori beurteilt. Ebensowenig richtig ist die Ansicht, welche das Personalstatut des (angeblich) Verpflichteten entscheiden lassen will; denn eine zivilrechtlich anzuerkennende Verwandtschaft besteht hier gerade nicht. Dagegen ist, weil es sich um ein das Kind schützendes Gesetz handelt, in erster Linie dessen Personalstatut, d. h. das Personalstatut der Mutter (nach dem deutschen Gesetz zur Zeit der Geburt des Kindes), in Betracht zu ziehen. (So auch EG. BGB. Art. 21.) Die hiernach sich ergebenden Ansprüche aber können nicht mehr gewähren, als die Gesetze des Ortes des geschlechtlichen Umgangs bestimmen, und möglicherweise kann auch ein Gesetz, wie der Art. 340 des französischen Gesetzbuchs, der Geltendmachung des Anspruchs am Orte der Klage entgegenstehen. Das EG. BGB. Art. 21 sagt: „Es können nicht ... weitergehende Ansprüche geltend gemacht werden, als nach den deutschen Gesetzen begründet sind." Auf die Gesetze des Landes, wo der geschlechtliche Umgang stattfand, kommt es also nach dem EG. nicht an.

§ 38. Vormundschaften und Pflegschaften (Kuratelen). Die Beurteilung der Vormundschaft und Kuratel nach dem heimatlichen Gesetze der bevormundeten Person unterliegt im allgemeinen keinem Zweifel. Es handelt sich um eine Einrichtung spezieller Fürsorge für eine Person und für ein Vermögen mit Rücksicht auf diese Person. Daraus ergibt sich, daß ein in dem Heimatstaate bestellter Vormund mit Gültigkeit, ohne besonderer Autorisation zu bedürfen, in Gemäßheit der Gesetze seines Staates im Auslande Rechtshandlungen vornehmen kann, und daran darf der Umstand, daß nach dem Rechte der meisten Länder der Vormund heutzutage seine Befugnisse auf ein Dekret der Staatsbehörde (der Obervormundschaft) zurückführt, nicht irremachen: es kann keinen Unterschied begründen, ob der Vormund unmittelbar kraft Gesetzes eintritt oder mittelbar, indem er von einer Behörde auf Grund eines Gesetzes ernannt wird. Es wird aber, auch wenn prinzipiell über das sogenannte persönliche Recht die Staatsangehörigkeit entscheiden soll, die Befugnis des Staates, für im Lande befindliche, insbesondere für domizilierte Ausländer eine Vormundschaft zu bestellen, nicht zu bestreiten sein, wenigstens solange der Heimatstaat in dieser Beziehung nicht fürsorgend eingetreten ist (EG. BGB. Art. 23). Das deutsche

Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, § 36 Abs. 2, geht auch von der Annahme aus, daß für einen im Auslande domizilierten oder sich aufhaltenden Deutschen die Vormundschaft bei dem deutschen Gerichte des letzten inländischen Wohnsitzes zu bestellen ist; indes kann nach jenem Gesetze § 47 die Anordnung einer deutschen Vormundschaft unterbleiben, wenn im Auslande die erforderliche Vormundschaft angeordnet ist, und es kann auch in jenen Fällen die bereits im Deutschen Reiche angeordnete Vormundschaft an den Staat des Wohn- oder Aufenthaltsortes abgegeben werden; denn allerdings kann, z. B. wenn der Wohn- oder Aufenthaltsort des Mündels sehr entfernt ist und das Vermögen sich im Auslande befindet, die letztgenannte Maßregel ebenso wie die Abstandnahme von der Einrichtung einer Vormundschaft im Deutschen Reiche dem Interesse des Mündels entsprechen. Einen Unterschied zwischen der Verwaltung des beweglichen und der Verwaltung des unbeweglichen Vermögens macht das deutsche Gesetz richtigerweise nicht [1].

Die betreffenden Haager Abkommen beruhen wesentlich auf diesen Grundsätzen. Das die Vormundschaft über Minderjährige betreffende Abkommen findet indes nur Anwendung auf Minderjährige, die Angehörige eines der Vertragsstaaten sind und ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Gebiet eines dieser Staaten haben. In England und den Vereinigten Staaten von Nordamerika wird dagegen für das in diesen Ländern belegene unbewegliche Vermögen eine auswärts errichtete Vormundschaft nicht anerkannt, und nach dem österreichischen GB. § 225 wird für in Österreich befindliche Immobilien ein besonderer Kurator bestellt, dessen Befugnisse jedoch von dem heimatlichen Rechte des Pflegebefohlenen abhängen, eine Bestimmung, die jedoch in Ansehung der Angehörigen der bei dem betreffenden Haager Abkommen beteiligten Staaten nicht mehr wird gelten können. Aus dem richtigen Prinzip aber, welches die Einheitlichkeit der Vormundschaft in Gemäßheit des Personalstatuts der bevormundeten Person anerkennt, folgt auch, daß eine etwa erforderliche besondere Autorisation zur Veräußerung oder Verpfändung unbeweglicher Güter des Mündels von dem Personalstatut des letzteren abhängt und daher von der durch dieses Gesetz für zuständig erklärten Behörde zu erteilen ist.

In vielen Konsularverträgen ist übrigens den Konsuln die Ausübung gewisser obervormundschaftlicher Befugnisse in Ansehung derjenigen zu bevormundenden Personen beigelegt, die dem Staate angehören, den der Konsul in dem auswärtigen Territorium vertritt.

Die Verpflichtung zur Übernahme einer Vormundschaft oder Pflegschaft ist eine allgemein staatsbürgerliche Last; sie gehört dem ius publicum an, und der Staat kann sie ihrer Natur nach nur von denjenigen fordern, die seinem Verbande dauernd angehören, sie aber möglicherweise, aber freilich auch nur in ganz gleichem Umfange wie zugunsten inländischer Mündel, fordern zugunsten von Mündeln, die dem Auslande angehören, und unter den gleichen Voraussetzungen, welche für inländische Vormundschaften gelten. Daraus ergibt sich, daß hier das heimatliche Gesetz der angeblich verpflichteten Person entscheidet, und daß, da, genau betrachtet, schon der möglichen Veränderungen der Gesetzgebung wegen die Verpflichtung gegenüber einem ausländischen vormundschaftlichen Gerichte nie ganz gleich ist der Verpflichtung, welche eine inländische Vormundschaft auferlegt, eine ausländische Vormundschaft, streng genommen, stets abgelehnt werden kann. Ist die Vormundschaft aber einmal übernommen, so muß über den Umfang der daraus resultierenden Verpflichtungen stets das am Sitze des obervormundschaftlichen Gerichtes (erster Instanz) geltende Recht entscheiden.

Zur Übernahme einer Vormundschaft sind der richtigen Ansicht nach, welche freilich in Frankreich zufolge der Unterscheidung der Droits civils und naturels bestritten wird, auch Ausländer befähigt.

X. Erbrecht.

§ 39. Allgemeine Grundsätze. Universal- und Singularsukzession Intestat-Erbfolge. Die Auffassung des durch Erbfolge entstehenden Verhältnisses als einer Universalsukzession macht es erforderlich, ein Gesetz aufzusuchen, nach welchem, ohne Rücksicht auf die möglicherweise sehr differente örtliche Lage der einzelnen Nachlaßbestandteile, die Fragen des Erbrechts einheitlich behandelt werden. Es ist nicht möglich, zu be-

[1] Richtig die im Haager Abkommen gemachte Ausnahme, daß eine besondere Güterordnung (z. B. für Lehen, Fideikommisse) besteht.

haupten, daß A die vermögensrechtliche Person seines Erblassers repräsentiere, wenn er zwar die in dem Staate X belegenen Nachlaßstücke, nicht aber die in dem Staate Y belegenen erbt, falls die Lex rei sitae in dem ersteren, nicht aber in dem letzteren Staate ihn zur Erbfolge beruft. Wenn man daher vom Standpunkte der Universalsukzession aus die Regelung des Erbrechts nach der Lex rei sitae der einzelnen Nachlaßgegenstände (die z. B. auch, was die Haftung für die Schulden betrifft, zu unlösbaren Schwierigkeiten führen muß) zu verwerfen hat, so bleibt kaum ein anderes übrig als die Anwendung des heimatlichen Gesetzes des Erblassers; denn die Anwendung des Rechtes desjenigen Ortes, an welchem der Erblasser starb — des einzigen Rechtes, welches neben dem heimatlichen Rechte des Erblassers eine einheitliche Behandlung des Nachlasses unter allen Umständen gewährleisten würde —, wäre deshalb absurd, weil sie das Erbrecht und damit das Schicksal der Familie in materieller Hinsicht von einem ganz zufälligen, möglicherweise selbst durch Willkür Dritter zu beeinflussenden Umstande abhängig machen würde. Dazu kommt aber noch die Erwägung, daß Erbrecht und Familienrecht in den mannigfachsten Beziehungen voneinander abhängig sind, das eine gewissermaßen eine Ergänzung des anderen ist. (Abzuweisen ist dagegen die Zurückführung der Intestaterbfolge, welche gegenüber der testamentarischen Erbfolge als das Primäre erscheint, auf den präsumtiven Willen des Erblassers.)

Die Idee der Universalsukzession ist vollständig durchgeführt im römischen Rechte. Dagegen ist dies nicht der Fall in dem älteren deutschen Rechte und vollständig selbst nicht in dem heutigen englisch-nordamerikanischen Rechte. Daraus erklärt sich einerseits der Gang der historischen Entwicklung und anderseits die Differenz der Ansichten in den verschiedenen Ländern. Die überwiegende Ansicht des Mittelalters war, daß das Erbrecht ein sogenanntes Realstatut sei, allerdings mit der Modifikation, daß vermöge der bereits oben erwähnten Regel: „Mobilia personam sequuntur" fingiert wurde, die Mobilien hätten sich sämtlich am letzten Wohnorte des Testators befunden, — eine Modifikation, welche sich einerseits aus dem praktischen Bedürfnis, andererseits aber daraus erklärt, daß der Mobiliarerbe im deutschen Rechte zuerst als Universalsukzessor, als für die Schulden des Erblassers haftend angesehen wurde. Einzelne Italiener verteidigten indes schon die Ansicht von der Allgemeingültigkeit der Lex domicilii, und in Deutschland wuchs seit dem 18. Jahrhundert die Zahl der Anhänger dieser letzteren Ansicht beständig, so daß sie im 19. Jahrhundert unbedingt als die herrschende, in der Praxis auch gültige bezeichnet werden mußte. In Frankreich dagegen, in dessen Coutumes die Grundsätze des älteren deutschen Rechts sich auch im Erbrechte bis zur Revolution in weit größerem Umfange erhalten hatten, überwog noch zur Zeit der Redaktion des Code civil unbedingt die Ansicht von der Realität der erbrechtlichen Statuten, wenngleich z. B. schon der berühmte Parlamentspräsident Bouhier für die Lex domicilii sich ausgesprochen hatte. Daher wird auch nach der in der französischen Praxis heutzutage noch herrschenden Ansicht der zweite Satz des Art. 3 des Code civil: „Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française," auf das Erbrecht mitbezogen und somit die Lex rei sitae angewendet, während die angesehensten Theoretiker sich für das Personalstatut des Erblassers aussprechen, wie denn in der Tat im Code civil die Universalsukzession dem Erbrechte zugrunde gelegt ist. (Ebenso unrichtig ist § 300 des österreichischen GB. und Hofdekret v. 22. Juli 1812, wonach für in Österreich belegene Immobilien eines Ausländers die Lex rei sitae angewendet wird.) Dagegen hat Art. 8 der einleitenden Bestimmungen des italienischen Gesetzbuchs sich für die Anwendung des Staatsangehörigkeitsgesetzes erklärt, ebenso EG. BGB. Art. 24, 25, dieses deutsche Gesetz jedoch mit einigen, unten zu erwähnenden Vorbehalten.

Die englisch-nordamerikanische Jurisprudenz behauptet heutzutage noch übereinstimmend die alleinige Anwendung der Lex rei sitae für den unbeweglichen Nachlaß. Die dafür vorgebrachten Gründe sind nicht überzeugend. Wenn auch zugegeben ist, daß das unbewegliche Eigentum ein hervorragendes öffentliches Interesse darbietet, so folgt daraus noch nicht, daß für das Schicksal desselben in einzelnen Fällen (und zwar lediglich für die Frage, wer der Berechtigte sein werde, nicht für die Frage der Natur der einzelnen Berechtigung) nicht indirekt ein fremdes Gesetz maßgebend sein könne; namentlich für eine Gesetzgebung, welche, wie die englische, eine schrankenlose Freiheit letztwilliger Dispositionen anerkennt, ist jener Grund völlig hinfällig. Der wahre Grund der Anwendung der Lex rei sitae in England

und Nordamerika ist denn auch einerseits die Tradition, welche diesen Satz als fast unangreifbares Axiom reſcheinen läßt, anderseits der Umstand, daß die Idee der Universalsukzession in England und Nordamerika noch nicht völlig durchgedrungen ist. Eine Modifikation muß aber notgedrungen die Anwendung des Personalstatuts des Erblassers insofern erleiden, als die Lex rei sitae die Universalsukzession nicht kennt; die Immobilien gelten insoweit als ein Sondervermögen, wie etwa ein Fideikommiß oder Lehngut. Dies erkennt EG. Art. 28 wie für das eheliche Güterrecht so auch für das Erbrecht an.

Das EG. bestimmt ausdrücklich nur über die Erbfolge in den Nachlaß von Deutschen und von Ausländern, die im Deutschen Reiche ihren Wohnsitz haben, für den letzteren Fall unter Annahme der Rückverweisung. Der seltenere Fall, daß über den Nachlaß eines nicht im Deutschen Reiche wohnhaften Ausländers von deutschen Gerichten zu entscheiden ist, wird (mit Recht) der Regelung der nächstbeteiligten Rechtsordnungen (Staat der Staatsangehörigkeit und Staat des Domizils) überlassen. Doch enthält Art. 25 für den Fall der Beerbung eines im Deutschen Reich wohnhaften Ausländers eine speziell deutsche Reichsangehörige begünstigende (völlig irreguläre und wenig rationelle), daher zugunsten von Ausländern nicht anwendbare Bestimmung: „Ein Deutscher kann... erbrechtliche Ansprüche auch dann geltend machen, wenn sie nur nach den deutschen Gesetzen begründet sind, es sei denn, daß nach dem Rechte des Staates, dem der Erblasser angehörte, für die Beerbung eines Deutschen, welcher seinen Wohnsitz in diesem Staate hatte, die deutschen Gesetze ausschließlich zuständig sind." Man kann sich denken, welche Verwirrung im praktischen internationalen Privatrechte entstehen würde, wenn ähnliche unrichtige Anwendungen der Retorsionsmaxime von anderen Staaten wieder zur Retorsion gegen das jetzt erst im Deutschen Reiche geltend gewordene Prinzip der Staatsangehörigkeit stattfinden würden. Noch verkehrter ist freilich eine Bestimmung eines französischen Gesetzes vom 14. Juli 1819, welche gleichfalls zugunsten von Franzosen einen Eingriff in die von einem ausländischen Gesetze abhängige Erbfolge enthält. Es versteht sich von selbst, daß für Staatsangehörigkeit und Wohnsitz stets der Zeitpunkt des Todes entscheidend ist.

§ 40. Letztwillige Verfügungen. Letztwillige Verfügungen müssen von demselben Gesetze abhängen, welches über die Intestaterbfolge entscheidet; es handelt sich um die Einwirkung des individuellen Willens auf die letztere. Die englisch-nordamerikanische Jurisprudenz hat daher von ihrem Standpunkte vollkommen recht, wenn sie auch für die Fähigkeit, letztwillig zu disponieren, in Ansehung der Immobilien die Lex rei sitae entscheiden läßt; der Ausdruck „Fähigkeit" darf — was freilich oft übersehen wird — nicht zu der Annahme verleiten, daß hier nur eine besondere Anwendung der allgemeinen Geschäftsfähigkeit in Frage stehe. (Fähigkeit für Geschäfte und Testierfähigkeit sind ja auch nach manchen Gesetzgebungen verschiedenen Normen unterworfen.) Daher erlangt zwar eine wegen mangelnder Testierfähigkeit des Erblassers ungültig vorgenommene letztwillige Verfügung nicht dadurch Gültigkeit, daß der Erblasser später persönlich einem Gesetze unterworfen wird, nach welchem er zu dem früheren Zeitpunkte bereits testierfähig gewesen sein würde; wohl aber muß der Rechtskonsequenz nach die Testierfähigkeit vorhanden sein nach dem letzten Personalstatut des Erblassers. Wie indes ähnlich ein englisches Gesetz (24 and 25 Vict. c. 114) für Testamente von Engländern getan hat, so bestimmt auch das EG. Art. 24 Abs. 3 aus Zweckmäßigkeitsgründen, daß die letztwillige Verfügung eines Ausländers, der später die deutsche Reichsangehörigkeit erwirbt, nicht lediglich wegen der nur nach dem deutschen Gesetze etwa mangelnden Testierfähigkeit ungültig werden, und daß selbst diese Testierfähigkeit ungeachtet des sonst entgegenstehenden Gesetzes fortdauern soll. Der richtigen Ansicht nach gilt der letztere Satz jedoch nur für den Fall, daß die in den deutschen Reichsverband übergetretene Person in der Tat eine letztwillige Verfügung errichtet hat (deren Abänderung ermöglicht werden sollte), und auf letztwillige Verfügungen von Ausländern, die in einen anderen ausländischen Staatsverband übergetreten sind, kann weder der erste noch der zweite Satz dieses deutschen Gesetzes Anwendung finden.

Für die Form letztwilliger Verfügungen gilt die Regel „Locus regit actum"; doch wird man wegen des nur fakultativen Sinnes dieser Regel die Errichtung in den Formen des heimat-

lichen Gesetzes des Testators gleichfalls für gültig zu erachten haben; aber während ein in den Formen des heimatlichen Gesetzes im Auslande errichtetes Testament infolge einer Personalstatus-Veränderung ungültig werden kann, ist das bei einem in Gemäßheit der Regel „Locus regit actum" errichteten Testamente nicht der Fall, sofern nicht das letzte Personalstatut — was ja freilich möglich ist — die Geltung der im Auslande errichteten Testamente besonders ausschließt. Für unbewegliche Sachen verlangt die englisch-nordamerikanische Jurisprudenz wiederum die Beobachtung der nach der Lex rei sitae vorgeschriebenen Form.

Wie weit dagegen die Freiheit des Testators reicht, gewisse nahe Verwandte zu übergehen oder auszuschließen, wie weit mit anderen Worten eine Erbfolge selbst gegen den Willen des Testators (Noterbfolge, Pflichtteilsrecht) stattfindet, muß ausschließlich von dem Gesetze abhängen, welches über die Intestaterbfolge überhaupt entscheidet.

Es kann übrigens ein unmittelbar dingliches Recht an einzelnen Sachen, und zwar der richtigen Ansicht nach an Mobilien (z. B. ein Besitzrecht), nur entstehen, soweit dies nach der Lex rei sitae der Fall ist, und die Unveräußerlichkeit einer mit einem Fideikommiß belegten Sache, die Wirksamkeit des letzteren gegenüber Dritten kann ebenfalls nur so weit stattfinden, als die Lex rei sitae gestattet, und unter Beobachtung der von letzterer vorgeschriebenen Vorschriften.

Erbverträge müssen nach denselben Regeln beurteilt werden wie letztwillige Verfügungen. (EG. Art. 24 spricht allgemein von Verfügungen von Todes wegen.) Aber durch eine Änderung des Personalstatuts kann ein einmal gültiger Erbvertrag nicht ungültig werden, und anderseits könnte ein Erbvertrag deshalb ungültig sein, weil er etwa auf der Voraussetzung ruht, daß beide Teile sich gültig verpflichtet haben, und dies bei einem Teile nach dessen heimatlichem Gesetze nicht der Fall ist. Auch wird, während die Interpretation der Testamente meist in Gemäßheit des Personalstatuts des Erblassers zu geschehen hat, bei der Interpretation von Erbverträgen häufiger von den für Verträge geltenden Grundsätzen Anwendung zu machen sein, obschon hier, wie überhaupt bei der Interpretation von Willenserklärungen, die Umstände des einzelnen Falles auch eine andere Beurteilung rechtfertigen können.

§ 41. Erwerb von Todes wegen und Haftung der Erben. Die Fähigkeit, von Todes wegen zu erwerben, muß, da es sich um die Rechtsfähigkeit handelt, nach dem Gesetze beurteilt werden, das über die Erbfolge überhaupt entscheidet. Es kommt aber, sofern es sich um den Erwerb von Grundeigentum handelt, auch die Lex rei sitae in Betracht, und der Eintritt in geistliche Orden, welche die Vermögenslosigkeit der Mitglieder fordern, kann als freiwilliger Verzicht auf Erwerb durch Erbschaft aufgefaßt werden.

Der Erwerb von Todes wegen und die aus solchem Erwerbe hervorgehende Haftung für Erbschaftsschulden und durch Verfügung des Erblassers bestimmte Auflagen muß in erster Linie und jedenfalls insoweit von dem die Erbschaft überhaupt beherrschenden Gesetze abhängen, als Erwerb und Haftung nur eintreten, soweit dies Gesetz bestimmt. In diesem Sinne ist auch Abs. 1 des EG. BGB. Art. 24 zu verstehen. Indes kann ohne Zutun der betreffenden Person das Erbschaftsgesetz nicht unbedingt extraterritorial eine Haftung begründen. Zu bemerken ist die Bestimmung des EG. Art. 24 Abs. 2: „Hat ein Deutscher zur Zeit seines Todes seinen Wohnsitz im Auslande gehabt, so können die Erben sich in Ansehung der Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten auch auf die an dem Wohnsitze des Erblassers geltenden Gesetze berufen." Sie erklärt sich wohl dadurch, daß allgemein das Gericht des letzten Wohnsitzes des Erblassers als zuständiges Gericht für Verhandlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit unter Miterben und Nachlaßgläubigern betrachtet wird, wie denn auch das deutsche RG. über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (1898) § 73 das Gericht des Wohnsitzes eines Ausländers im Deutschen Reiche hier für zuständig erklärt. Es kommt aber auch, namentlich auf Grund von Staatsverträgen, vor, daß der Nachlaß von Ausländern an deren Heimatsbehörde verabfolgt wird. So erklärt der zitierte Paragraph des genannten deutschen Gesetzes auch deutsche Gerichte zur Behandlung des Nachlasses von Deutschen ebenfalls für zuständig, wenn diese zur Zeit des Erbfalls keinen Wohnsitz oder Aufenthaltsort im Deutschen Reiche hatten,

Zweites Buch. Zivilprozeßrecht.

I. Prozeßrecht im engeren Sinne.

Meili, Das internationale Zivilprozeßrecht. 3 Teile. Zürich 1904—1906. Vgl. auch oben S. 227.

§ 42. Allgemeines. Allgemeine Regel ist, daß für zivilprozessuale Akte der Richter die Gesetze seines Landes (Bezirks) anzuwenden hat. Der Kläger macht, indem er die Hilfe des Staates anruft, seine Sache dadurch auch zu einer Sache des öffentlichen Interesses, und die Staatsgewalt (oder deren Organ, das Gericht) soll die Überzeugung von der Existenz (oder Nichtexistenz) seines Anspruchs gewinnen. Es ergibt sich daraus, daß im Zivilprozesse im allgemeinen für die Anwendung fremder Gesetze wenig Raum ist; eine Überzeugung läßt sich nur nach Maßgabe der eigenen Individualität, d. h. hier der eigenen Gesetzgebung, gewinnen.

Indes sind mit dieser allgemeinen Regel nicht alle Schwierigkeiten zu lösen.

Erstens ist es nicht immer leicht, prozessuales und materielles Recht richtig zu trennen; nicht selten erscheint ein Satz des materiellen Rechts im prozessualen Gewande. Zweitens ist zu untersuchen, ob dieselben Grundsätze, nach denen unsere einzelnen Gerichte die einzelnen Rechtssachen ihrer Behandlung zu unterziehen oder umgekehrt von sich abzuweisen haben, ohne Unterschied auch dann gelten müssen, wenn Ausländer oder ausländische Prozeßobjekte dabei in Frage kommen, und inwieweit ein Staat die Kompetenzgrundsätze, welche die Gerichte eines anderen Staates nach Maßgabe ihrer Gesetze anwenden, seinerseits als bindend auch für seine Gerichte anzuerkennen hat. Drittens kann der Fall eintreten, daß das Gericht eines Staates, um die Verhandlung des Rechtsstreites zu Ende zu bringen, der Hilfe eines anderen Gerichtes bedarf; man muß hier die Frage beantworten, wie weit und unter Beobachtung welcher Gesetze (des einen oder des anderen Staates) die Rechtshilfe zu gewähren sei. Viertens — und diese Frage ist vielleicht die wichtigste und schwierigste — muß die Frage beantwortet werden: inwieweit kann die eigentümliche Kraft, welche dem Urteile, der Res iudicata nach Maßgabe des inländischen Rechtes zukommt, auch dem von einem auswärtigen Gerichte gesprochenen Urteile beigelegt werden?

§ 43. Zuständigkeit der Gerichte. Hier geht die allgemeine Ansicht dahin, daß die Gerichte eines Staates ihre Zuständigkeit nach denselben Regeln zu beurteilen haben, welche gelten, wenn die fragliche Prozeßsache zum Auslande oder zu Ausländern in keiner Beziehung steht. Selbstverständlich wird übrigens diese Beziehung schon durch die Grundsätze, welche durch die örtliche Zuständigkeit der Gerichte gelten, in gewissem Umfange berücksichtigt sein; denn das Natürliche ist, daß auch prozessual die Rechtsverhältnisse demjenigen Gerichte zufallen, dessen Bezirke sie materiell angehören. Wenn z. B. Klagen bestimmter Art nur in foro rei sitae erhoben werden können, so sind damit alle derartigen Klagen, welche auf auswärtige Immobilien sich beziehen, vor den Gerichten desjenigen Staates ausgeschlossen, der diese Grundsätze aufgestellt hat. Auch kann möglicherweise ein Gerichtsstand nur zugunsten inländischer Kläger gegeben sein, wie dies z. B. nach Art. 14 des französischen bürgerlichen Gesetzbuchs der Fall ist. Aber man wird z. B. einem Ausländer das Recht vor unseren Gerichten nicht deshalb versagen können, weil er Ausländer ist. Freilich wird von einzelnen französischen Schriftstellern noch die entgegengesetzte Theorie vertreten. Sie sind der Ansicht, daß der Staat sein Richteramt im ausschließlichen Interesse von Ausländern auszuüben nicht berufen sei, und verlangen daher für die Kompetenz der französischen Gerichte der Regel nach, daß wenigstens einer der streitenden Teile dem französischen Staate angehöre. Indes ist diese in England sowohl wie in Nordamerika und Deutschland unbekannte Jurisprudenz von so mannigfachen Ausnahmen durchlöchert und steht so sehr mit unserer heutigen Rechtsanschauung im Widerspruch, daß ihre Beseitigung wohl nicht allzu lange auf sich warten lassen wird. Eine andere Frage ist, ob nicht mit Rücksicht auf mögliche Mißbräuche der Staat manche Kompetenz-

gründe für seine Gerichte einschränken sollte, wenn es sich um Beklagte handelt, die im Inlande keinen Wohnsitz haben.

In Wahrheit wird man nicht behaupten können, daß alle Gerichtsstände, die ein Staat in seinem Innern zuzulassen für gut finden mag, sich auch zur allgemeinen internationalen Anerkennung eignen, — eine Frage, die keineswegs identisch ist mit der soeben besprochenen Frage, ob die Gerichte unseres Staates in gleicher Weise von ihrer Zuständigkeit zugunsten von Ausländern wie von Inländern Gebrauch zu machen haben. Wenn man im allgemeinen annehmen mag, daß die Gerichte eines und desselben Staates gleich gut urteilen, ja, daß schwierige Rechtsfragen innerhalb desselben Staates an denselben obersten Gerichtshof gebracht werden können, daß dieser wenigstens die Jurisprudenz sehr wesentlich beherrscht oder beeinflußt, so hat es vielleicht wenig Bedenken oder ist zweckmäßig, Zuständigkeitsgründe für den internen Verkehr in großer Zahl aufzustellen. Anders aber verhält es sich mit der Anerkennung der Zuständigkeit auswärtiger Gerichte. Man kann also daraus, daß das Gesetz ein inländisches Gericht für zuständig erklärt, noch nicht unbedingt schließen, daß es in gleichem Falle auch die Zuständigkeit ausländischer Gerichte anerkenne. Auch in England und Nordamerika, wo man die Kompetenzgründe nicht über Gebühr ausdehnt und weit davon entfernt ist, jene große Musterkarte von Kompetenzgründen zu besitzen, welche z. B. die deutsche Zivilprozeßordnung auszeichnet, erkennt man neuerdings mehr und mehr die Gefahren, welche, was die internationalen Kompetenzgründe betrifft, aus dem scheinbar einfachen Prinzip der reziproken Anerkennung der inländischen Kompetenzgründe erwachsen. Man neigt sich daher in der Theorie des internationalen Privatrechts immer mehr der Anerkennung des richtigen Prinzips zu, daß das Gericht desjenigen Staates im internationalen Sinne als kompetent zu betrachten ist, dessen Gesetze auch materiell über den fraglichen Rechtsanspruch zu entscheiden haben, ein Prinzip, das freilich insofern eine Modifikation erfordert, als die Parteien, soweit überhaupt ihre Dispositionsbefugnis über das materielle Rechtsverhältnis reicht, auch freiwillig, und zwar ausdrücklich oder stillschweigend, einem an sich unzuständigen Gerichte sich unterwerfen können. Eine weitreichende stillschweigende Unterwerfung muß man in der Begründung eines Domizils in dem Bezirke eines Gerichts finden. Die deutsche Zivilprozeßordnung basiert aber auf den gerade für das Deutsche Reich wegen der vielfachen und ausgedehnten Kompetenzgründe des inländischen Rechts besonders bedenklichen Prinzip der Reziprozität, wie aus den Bestimmungen des § 328 über die Vollstreckung ausländischer richterlicher Urteile hervorgeht.

§ 44. Prozeßfähigkeit. Besondere Rechtsnormen über Parteirechte und Parteipflichten von Ausländern. Prozeßfähig ist man, insoweit man rechtsfähig (parteifähig) und zugleich geschäftsfähig ist, — prozeßfähig im engeren Sinne und nach dem Sprachgebrauche der ZPO.: nach dieser (§ 55) gilt aber ein Ausländer, welchem nach dem Rechte seines Landes die Prozeßfähigkeit mangelt (vor deutschen Gerichten) als prozeßfähig, wenn ihm nach dem Rechte des Prozeßgerichts die Prozeßfähigkeit zusteht (vgl. oben § 17); der Ausländer ist nach dem zitierten § 55 ebenfalls prozeßfähig, wenn er es nur nach dem Rechte seines Staates ist.

Die dem klagenden Ausländer sonst obliegende Pflicht zur Bestellung einer Kaution für die Prozeßkosten ist nach dem Haager Abkommen von 1905 (das wesentlich mit dem früheren von 1896 übereinstimmt), dem das Deutsche Reich beigetreten ist, für Angehörige der Vertragsstaaten, die in irgendeinem der Vertragsstaaten ihren Wohnsitz haben, in den Vertragsstaaten beseitigt; den Angehörigen der Vertragsstaaten wird in diesen ebenso wie Inländern das sogenannte Armenrecht für die Prozeßführung bewilligt, und Personalhaft in Zivil- und Handelssachen gegen die findet nur unter denselben Voraussetzungen statt, unter denen sie gegen Inländer zulässig ist. Die rechtskräftige Verurteilung zur Erstattung der Prozeßkosten eines solchergestalt von der Leistung der Sicherheit für die Prozeßkosten befreiten Klägers muß anderseits in jedem der Vertragsstaaten für vollstreckbar erklärt werden.

§ 45. Rechtshilfe für Zustellungen und Beweishandlungen. Wird ein Gericht von einem auswärtigen Gericht um Rechtshilfe ersucht, so hat es (abgesehen

von der noch unten zu berührenden Vollstreckung von Urteilen) dem allgemeinen Gebrauche zufolge diesem Ersuchen nachzukommen, falls es selbst die Zuständigkeit zur Vornahme der fraglichen Handlung besitzt und Rechte Dritter dadurch nicht berührt werden. Stehen Zwangshandlungen in Frage, so kann der Zwang nur insofern gestattet sein, als das eigene Recht des unmittelbar tätigen Gerichtes solchen Zwang zuläßt; zugunsten einer fremden Rechtssache kann nicht ein weitergehender Zwang gerechtfertigt sein als zugunsten einer bei einem inländischen Gericht anhängigen Rechtssache, und die Verpflichtung zum Zeugnis insbesondere als eine unmittelbar öffentliche Pflicht, welche die in einem Territorium sich aufhaltende Person ergreift, kann, was mit jenem Resultat übereinstimmt, nur von dem Gesetze des derzeitigen Aufenthaltsortes abhängen. Aber freilich könnte auch das Prozeßgericht nicht eine weitergehende Verpflichtung fordern, als seine Gesetze für angemessen erachten. Das ersuchte Gericht hat die Formen zu beobachten, welche sein eigenes Gesetz fordert. Ob das ersuchte Gericht neben den in seinem Gesetze vorgeschriebenen Formen noch andere beobachten könne, welche von dem ausländischen Gerichte besonders gefordert werden, ob es z. B. die Eidesformel durch einen besonderen Zusatz erweitern, die Unterschrift der Partei unter ein Protokoll setzen lassen dürfe, wenn nach inländischem Rechte letzteres nicht geschieht, muß davon abhängen, ob einerseits die Beteiligten gutwillig zu dem entsprechenden Akte sich bereit finden, und ob anderseits das inländische Gesetz die seiner Ansicht nach nötige Form nicht als eine solche aufstellt, über welche unter keinen Umständen hinausgegangen werden darf. Das letztere festzustellen ist Sache der Interpretation des einzelnen positiven Gesetzes.

Mit diesen Sätzen stimmt im wesentlichen überein die oben § 36 erwähnte Haager Konvention. Das Ersuchen eines Gerichts eines der Vertragsstaaten soll abgelehnt werden können, wenn die Vornahme der Handlung nach der Auffassung des ersuchten Staates geeignet erscheint, dessen Hoheitsrechte zu verletzen oder seine Sicherheit zu gefährden. ZPO. § 369 (334) enthält übrigens noch den besonderen (nicht völlig korrekten) Satz: „Entspricht die von einer ausländischen Behörde vorgenommene Beweisaufnahme den für das Prozeßgericht geltenden Gesetzen, so kann daraus, daß sie nach den ausländischen Gesetzen mangelhaft ist, kein Einwand entnommen werden."

§ 46. Beweisrecht. Die Frage, welche Beweismittel zulässig sind und unter welchen Voraussetzungen, muß im allgemeinen nach dem Gesetze des Prozeßgerichts entschieden werden. Aber unter der Form, daß bestimmte Rechtsverhältnisse ausschließlich, wie z. B. nach französischem Rechte in großem Umfange der Fall ist, nur durch Urkunden oder Eid bewiesen werden sollen, kann sich eine bedingte materielle Unverbindlichkeit des fraglichen Verhältnisses verstecken, und insoweit würde dann ein Beweismittel auch nur unter den Voraussetzungen zulässig sein, unter denen man es nach dem materiell normierenden Rechte zulassen würde. Die Frage der Beweislast ist, abgesehen von den ganz allgemeinen prozessualen Grundsätzen, wie z. B. von dem Grundsatze, daß der Kläger den Grund seiner Klage beweisen muß, eine Frage nicht sowohl des Prozeß- als des materiellen Rechtes, daher nicht von der Lex fori abhängig. Dasselbe hat auch von Präsumtionen zu gelten, welche das Recht für einzelne Rechtsverhältnisse aufstellt; z. B. liegt in der Präsumtion für die Annahme der ehelichen Abstammung eines Kindes eine Vorschrift des materiellen Rechts; das Gesetz will das Familienrecht des Kindes aufrechterhalten, sofern nicht klar vorliegt, daß eheliche Erzeugung nicht stattgefunden hat.

§ 47. Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile. Unter welchen Voraussetzungen soll man ausländische Urteile 1. anerkennen und 2. vollstrecken? Beide Fragen stehen im Zusammenhange; denn die Vollstreckung enthält immer auch die Anerkennung; aber sie erfordert zugleich einen Auftrag oder eine Autorisation der Staatsgewalt, das ausländische Urteil reell auszuführen. So sind beide Fragen keineswegs identisch, wenngleich sie irrigerweise oft identifiziert werden, und es ist klar, daß man die Vollstreckung von Voraussetzungen abhängig machen kann, die für die einfache Anerkennung der Res judicata nicht verlangt werden; denn bei dieser letzteren handelt es sich nur darum, die sich von selbst vollziehende oder bereits vollzogene Wirkung eines ausländischen richterlichen Urteils nicht

wieder indirekt zu hindern oder rückgängig zu machen. Man erkennt aber ein Urteil nicht an, wenn man seinen Inhalt nachprüft und je nach dem Ausfall dieser Prüfung sich vorbehält, die Anerkennung zu versagen. Dies spricht auch aus ZPO. § 723 (661), in der Bestimmung, daß, wenn ein auswärtiges Urteil im Deutschen Reiche überhaupt vollstreckt werde, diese Vollstreckung ohne Prüfung der Gesetzmäßigkeit der Entscheidung zu erfolgen habe.

Dagegen hat die neue Redaktion der ZPO. §§ 328, 723 die allerdings auch schon von der Praxis des Rg. angenommene irrige (von den angesehensten Schriftstellern Frankreichs und Italiens reprobierte) Gleichstellung der Erfordernisse der einfachen Anerkennung der Res iudicata und der Vollstreckung ausdrücklich sanktioniert.

Die erste und wichtigste Voraussetzung der Anerkennung (und also auch der Vollstreckung) ist unzweifelhaft die Zuständigkeit des auswärtigen Gerichts oder genauer die Zuständigkeit der Gerichtsgewalt des auswärtigen Staates überhaupt; denn die Verteilung der einzelnen Streitsachen an die einzelnen Gerichte innerhalb der Sphäre der Gerichtsgewalt des einzelnen Staates ist lediglich Sache dieses Staates, daher von dem anderen Staate nicht nachzuprüfen. Die Zuständigkeit aber kann nicht jeder Staat mit internationaler Wirksamkeit sich selbst durch sein Gesetz beliebig zumessen. Es bedarf daher noch eines anderen Maßes, und nahe liegt es, die Zuständigkeit des Staates, dessen Gericht das Urteil fällt, an den Zuständigkeitsnormen der Gerichte des Staates zu messen, in dessen Gebiete das Urteil vollstreckt werden soll. (So auch ZPO. § 328, Abs. 1; Gerichte des auswärtigen Staates müssen nach den Normen der deutschen Gesetze zuständig sein.) Dennoch ist diese Bestimmung internationaler Zuständigkeit dem oben § 43 Gesagten zufolge unrichtig und führt bei der Ausdehnung der Gerichtsstände nach vielen Prozeßgesetzen zu praktisch unbefriedigenden Ergebnissen. Das richtige Prinzip ist: die Urteile der Gerichte des Staates sind anzuerkennen, dessen Gesetz auch materiell für das fragliche, unmittelbar in Streit befangene Rechtsverhältnis entscheidend ist; daneben aber sind anzuerkennen die Urteile der Gerichte, deren Zuständigkeit begründet ist durch freiwillige Unterwerfung, wenigstens für alle der freien Disposition der Partei unterliegenden Rechtsverhältnisse, und in der Errichtung eines Domizils in einem Lande ist solche freiwillige Unterwerfung in weitem Umfange zu befinden. Die praktische Durchführung dieser Prinzipien ist aber in den meisten Staaten erst von der Zukunft zu erwarten; annähernd findet sie sich in den Ländern des englisch-nordamerikanischen Rechts.

Die zweite Voraussetzung ist rationell, daß die Partei wirklich Gelegenheit hatte, ihre Rechte wahrzunehmen, also nicht lediglich auf Fiktionen beruhende Zustellungen an diese Partei (Ladungen) stattfanden. Dem entspricht ein ZPO. § 328 Abs. 1 Nr. 2 — freilich nur zugunsten einer deutschen Partei — gemachter Vorbehalt.

Eine weitere Voraussetzung für die Vollstreckbarkeit ist die Vertrauenswürdigkeit der ausländischen Justiz. Für den Richter ist diese im allgemeinen schwer zu prüfen: die englische Justiz, die keine abstrakte Beschränkung bezüglich der Staaten kennt, deren Urteile überhaupt vollstreckt werden können, ersetzt diese Voraussetzung dadurch, daß sie dem Richter im einzelnen Falle die Prüfung gestattet, ob eine gross injustice vorliege, d. h. insbesondere eine grobe Verletzung der Grundsätze eines gerechten Verfahrens. In Frankreich und zahlreichen anderen Staaten werden Urteile nur auf Grund eines die Vollstreckung anordnenden internationalen Vertrags mit dem anderen Staate vollstreckt. In einer Anzahl von Staaten — und zu diesen gehört das Deutsche Reich — besteht statt dessen das Erfordernis der Gegenseitigkeit: die Anerkennung eines ausländischen Urteils ist ausgeschlossen, „wenn die Gegenseitigkeit nicht verbürgt ist" (ZPO. § 328, 5, durch Staatsverträge oder die Praxis des anderen Staates). Dies ist jedoch ein fehlerhaftes Prinzip. Gegenseitigkeit ist keine Bürgschaft für die Vertrauenswürdigkeit der Justiz eines anderen Staates; außerdem gibt die Prüfung der Frage, ob Gegenseitigkeit beobachtet wird, und ob sie verbürgt ist, zu Streitigkeiten und Zweifeln vielfachen Anlaß, so daß vielleicht das französische, allerdings engherzig erscheinende System in der Praxis sich noch besser bewähren mag, während prinzipiell das englische, freilich für die Richter des europäischen Kontinents vielleicht nicht passende, freiere System, abgesehen von der allerdings große Schwierigkeiten darbietenden Regelung durch Staatsverträge, das richtige System sein dürfte.

Die Gesetze der einzelnen Staaten und Staatsverträge beruhen, was die Anerkennung

und Vollstreckung ausländischer Urteile betrifft, bis jetzt auf sehr verschiedenen Prinzipien, und soweit Staatsverträge bestehen, sind diese auch häufig unklar und lückenhaft. Den richtigen Grundsätzen am meisten entsprechend verfährt wohl die englische Jurisprudenz. Das Deutsche Reich hat noch mit keinem Staate einen umfassenden Vertrag über Vollstreckung von Zivilakten geschlossen. (Einzelne Arten von Urteilen sind in der Berner Frachtrechtskonvention und in dem Haager Abkommen über Zivilprozeß für vollstreckbar erklärt, und Verträge, die von einzelnen deutschen Bundesstaaten mit auswärtigen Staaten früher geschlossen waren, werden als fortdauernd wirksam betrachtet.)

Die deutsche ZPO. stellt, wie bemerkt, das Erfordernis der Gegenseitigkeit (unrichtigerweise) auch für die Anerkennung der Res iudicata auf, macht aber davon (§ 328 Schlußsatz) eine Ausnahme, „wenn das Urteil einen nicht vermögensrechtlichen Anspruch betrifft und nach den deutschen Gesetzen ein Gerichtsstand im Inlande nicht begründet war". Danach sind namentlich viele ausländische Urteile, die in sogenannten Statusprozessen unter Ausländern ergangen sind, auch ohne daß dem Erfordernis der Gegenseitigkeit genügt ist, anzuerkennen.

Anderseits macht die ZPO. (§ 328 Abs. 1 Nr. 3) eine Ausnahme von der Anerkennung und Vollstreckung, wenn von gewissen, das internationale Privatrecht betreffenden, in dem EG. BGB. enthaltenen Sätzen zum Nachteile einer deutschen Partei in dem auswärtigen Urteile abgewichen ist.

Daß auch bei der Anerkennung und Vollstreckung auswärtiger Urteile die oben § 10 erwähnte Schranke zu beachten ist, versteht sich von selbst (vgl. indes auch die ausdrückliche Bestimmung in ZPO. § 328 Abs. 1 Nr. 4). Bei der Vollstreckung wird diese Schranke mehr in Betracht kommen als bei der bloßen Anerkennung auswärtiger Urteile.

Während nach dem früheren gemeinen Rechte das Prozeßgericht behufs der Vollstreckung sich mittels Ersuchungsschreibens (Requisition) an das auswärtige Vollstreckungsgericht wandte und letzteres (eventuell das diesem Gerichte vorgesetzte Gericht auf erhobene Beschwerde) über die Vollstreckung in formloser Weise entschied, muß nach der ZPO. § 722 (660) (ähnlich auch in manchen anderen Staaten) die Vollstreckung begehrende Partei eine förmliche im ordentlichen Prozesse zu verhandelnde Klage auf Erlassung eines Vollstreckungsurteils bei dem zuständigen deutschen Gerichte (regelmäßig des allgemeinen Gerichtsstandes des Gegners) erheben.

Häufig spricht man nur von Anerkennung und Vollstreckung rechtskräftiger ausländischer Urteile, und nach der ZPO. § 723 Abs. 2 ist die (nach den Gesetzen des auswärtigen Staates zu beurteilende) Rechtskraft ebenfalls Voraussetzung der Vollstreckung. Es dürfte aber richtiger sein, dem auswärtigen Urteil unter denjenigen Voraussetzungen Wirksamkeit zu gewähren, die nach dem auswärtigen Gesetze gelten, falls man es überhaupt anerkennen will, also auch einem nur vorläufig vollstreckbaren Urteile die Vollstreckbarkeit zu gewähren, um so mehr, als es gar nicht absolut sicher ist, daß in jeder Gesetzgebung eine scharfe Scheidung zwischen bloßer Vollstreckbarkeit und Res iudicata besteht.

Die Form der Vollstreckung richtet sich nach den Gesetzen des Orts, wo die Vollstreckung erfolgt. Nach diesen Gesetzen ist insbesondere auch die Freiheit gewisser Vermögensobjekte von der Pfändung zu beurteilen. Von einer Einrede der Litispendenz auf Grund eines im Auslande anhängigen Prozesses kann nur die Rede sein, wenn dem in dem auswärtigen Prozesse ergehenden Urteile die Vollstreckbarkeit in unserem Staate gewiß ist.

II. Konkursrecht.

[1] Carle, La dottrina giuridica del fallimento nel diritto privato internazionale. Napoli 1872. Kleintjes, Het Faillissement in het internationaal Privatrechts. 's Gravenhage 1890. Meili, Die geschichtliche Entwicklung des internationalen Konkursrechts. Zürich 1908. Meili, Moderne Staatsverträge über internationales Konkursrecht. Zürich 1907. Meili, Lehrbuch des internationalen Konkursrechts. Zürich 1909. In französischen und italienischen Werken bildet das Konkursrecht meist einen Abschnitt des Handelsrechts, so auch in dem Werke Diena's (Bd. 3, S. 475—636.

§ 48. Allgemeines Prinzip. Es ist klar, daß es dem Zwecke des Konkursverfahrens am besten entsprechen würde, diesem Verfahren universelle, extraterritoriale Wirkung beizulegen in dem Sinne, daß ein Konkursverfahren, eröffnet von dem zuständigen

Gerichte, auch alle außerhalb der unmittelbaren Machtsphäre des einzelnen Staates befindlichen Vermögensobjekte ergreifen würde, alle Gläubiger nur bei einem und demselben Gerichte, wie in einem einheitlichen Staatsgebiete, ihre Ansprüche verfolgen könnten, und die Art und Weise der Beendigung des Konkurses gegenüber allen und jeden gegen den Gemeinschuldner bestehenden Forderungen wirksam sein würde, und zwar auch in der Weise, wie die am Sitze des Konkursgerichts bestehenden Gesetze diese Wirkung festsetzen; denn das Konkursverfahren bezweckt eine billige und, insoweit nicht besondere Vorrechte anerkannt werden, auch gleichmäßige Befriedigung der sämtlichen Gläubiger des Kridars.

Gleichwohl ist die von namhaften französischen und besonders italienischen Autoren, aber auch von Savigny vertretene Ansicht, welche ohne weiteres diese Universalität des Konkurses annimmt, unhaltbar; durch Staatsverträge könnte letztere eingeführt werden, aber, wenn sie nicht selbst wieder in anderer Weise die Rechtssicherheit gefährden soll, auch nur unter erheblichen Vorsichtsmaßregeln und Beschränkungen.

Der Konkurs ist weder eine Universalsukzession, noch enthält er die Konstituierung einer juristischen Person; er ist vielmehr ein möglichst umfassendes Zwangsvollstreckungsverfahren und zunächst Beschlagnahmeverfahren bezüglich des Vermögens des Gemeinschuldners zugunsten aller sich meldenden Gläubiger. Aus der Natur des Zwangsvollstreckungsverfahrens aber folgt, daß es nicht ohne weiteres extraterritoriale Wirksamkeit haben kann, folgt mit anderen Worten seine zunächst streng territoriale, gerade nicht-universelle Natur im internationalen Sinne. Daher bestimmt auch die deutsche Konkursordnung § 237 (207) Abs. 1: „Besitzt ein Schuldner, über dessen Vermögen im Auslande ein Konkursverfahren eröffnet ist, Vermögensgegenstände im Inlande, so ist die Zwangsvollstreckung in das inländische Vermögen zulässig", d. h. es tritt die bei einer inländischen Konkurseröffnung unmittelbar eintretende Wirkung der Ausschließung anderer Zwangsvollstreckungen (KO. § 14) nicht ein. (Freilich können KO. § 237, kraft Anordnung des Reichskanzlers mit Zustimmung des Bundesrates sowie durch Staatsvertrag Ausnahmen, welche also der ausländischen Konkurseröffnung jene Wirkung beilegen, stattfinden.) Dagegen kann die im Auslande eingesetzte Konkursverwaltung, falls nicht im Inlande über das im Inlande befindliche Vermögen ein besonderer Konkurs zu eröffnen ist (vgl. unten), dieses Vermögen in den ausländischen Konkurs hereinziehen unter der Voraussetzung, daß nicht Gläubiger, die im Inlande ihre Ansprüche geltend machen können, durch Arresterwirkung dies hindern. Der Gemeinschuldner, der durch die Konkurseröffnung nicht geschäftsunfähig wird, vielmehr nur die Dispositionsbefugnis über das in den Konkurs fallende Vermögen verliert, kann deshalb, solange die Konkursverwaltung nicht das in einem anderen Lande befindende Vermögen tatsächlich mit Beschlag hat belegen lassen, über dieses letztere Vermögen verfügen. Der Beschluß des Gerichts, den Konkurs zu eröffnen, ist nicht ein Urteil im Sinne des Zivilprozesses. Die Grundsätze und Formalitäten, welche für Vollstreckung von ausländischen Zivilurteilen gelten, finden daher (nach der KO.) keine Anwendung.

§ 49. Einzelne Fragen. Das zuständige Konkursgericht wird nicht durch die Staatsangehörigkeit, vielmehr, da es sich um Geltendmachung von Ansprüchen in einem möglichst umfassenden Gerichtsstande handelt, durch den Wohnsitz im Sinne des Zivilprozeßrechts bestimmt: dafür spricht auch die praktische Rücksicht, daß der Wohnsitz der Mittelpunkt der geschäftlichen Tätigkeit des Gemeinschuldners ist. Falls der Gemeinschuldner eine gewerbliche Niederlassung hat, ist nach der neuen Redaktion der deutschen KO. § 71 der Ort dieser Niederlassung in erster Linie maßgebend.

Es kann aber jemand gleichzeitig mehrere Wohnsitze oder doch Geschäftszentren oder Vermögenskomplexe in mehreren Staaten haben. Dann können in diesen Staaten besondere Konkurse über das daselbst befindliche Vermögen stattfinden; nach KO. § 238 (208) findet im Deutschen Reiche ein solcher Partikularkonkurs statt, wenn der Schuldner im Inlande eine gewerbliche Niederlassung oder einen allgemeinen Gerichtsstand hat oder ein mit Wohn- und Wirtschaftsgebäuden versehenes Gut als Eigentümer, Nutznießer oder Pächter bewirtschaftet.

Jede Forderung kann in dem Konkurse des Domizils, eine Forderung in einem nicht von dem Domizilgerichte eröffneten Konkurse aber der richtigen Ansicht nach nur dann geltend ge-

macht werden, wenn bei dem betreffenden Gerichte ein Gerichtsstand für die Forderung begründet ist. (Anders freilich nach der meist vertretenen Auslegung KO. § 238.)

Der richtigen, freilich bestrittenen (in England aber für die Befriedigung aus anderem Besitz als Grundbesitz geltenden) Ansicht zufolge muß jedoch der Gläubiger, was er in einem Konkurse erhalten hat, in einem anderen Konkurse, in welchem er ebenfalls Befriedigung sucht, sich anrechnen lassen.

Besonders bestritten und zugleich wichtig ist die Frage der internationalen Wirksamkeit der Konkursbeendigung (insbesondere durch Zwangsvergleich) bezüglich der nicht voll befriedigten Forderungen. Die Befreiung für den Rest muß auch im Inlande wirken, wenn die Forderung materiell nach dem Gesetze des Staates des Konkursgerichts zu beurteilen ist oder der Gläubiger sie bei dem Konkursgerichte geltend gemacht hat, wodurch er sich auch allen Konsequenzen dieses Konkursverfahrens unterwirft. Nur für einen gleichzeitig in einem anderen Lande eröffneten Partikularkonkurs wird solche Befreiung nicht gelten können, wenn nicht auch materiell die Forderung nach den Gesetzen des ersteren Staates zu beurteilen ist. Die Ansicht, welche der Befreiung des Schuldners durch den Konkurs in jedem Falle extraterritoriale Wirkung abspricht, widerstrebt der bona fides und führt zu Ergebnissen, die im internationalen Verkehr kaum erträglich sind.

Die Rangordnung (Priorität) der einzelnen Konkursforderungen ist nach dem am Sitze des Konkursgerichts geltenden Recht zu beurteilen; Pfand- und Retentionsrechte sind jedoch nach der Lex rei sitae, Pfandrechte an Forderungen nach dem über letztere entscheidenden Rechte zu beurteilen, und zwar muß nach diesem Gesetze auch beurteilt werden die Priorität solcher Rechte untereinander wie die Frage, ob und inwieweit diese Rechte das Recht einer abgesonderten Befriedigung gewähren; denn diese letzteren Fragen sind nichts anderes als Fragen über die Bedeutung jener Rechte selbst.

Die Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit gewisser, von dem Gemeinschuldner schon vor der Konkurseröffnung vorgenommener Handlungen muß zunächst abhängig sein von dem örtlichen Recht, welchem das fragliche Rechtsgeschäft an sich unterworfen ist; aber die Gläubiger (oder in ihrer Vertretung der Güterverwalter, Syndik) können eine solche Anfechtung auch stets nur insoweit durchsetzen, als dasjenige Recht sie gestattet, auf welches sie überhaupt ihr Recht zur Beschlagnahme stützen, d. h. also das Recht des Konkursgerichts.

Für eine Aufrechnung mit einer einem Schuldner der Konkursmasse zustehenden Forderung muß es genügen, wenn die Aufrechnung gestattet ist nach dem Gesetze, nach welchem die Gegenforderung des Schuldners an sich zu beurteilen ist, ebenso aber, wenn nur das Gesetz des Konkursgerichts die Aufrechnung gestattet.

§ 50. Schlußbemerkung. Die vorstehenden Sätze zeigen, daß, ungeachtet eine universelle Wirkung des Konkurses nicht anzunehmen ist, bei einiger Vorsicht der Gläubiger und der Konkursverwaltungen auch nach dem Prinzip der Territorialität des Konkurses den Bedürfnissen des internationalen Verkehrs und Kredits einigermaßen genügt werden kann. Die richtige Abfassung von Staatsverträgen über internationale Behandlung der Konkurse ist, wenn die Gesetzgebungen der in Betracht kommenden Staaten wesentlich verschieden sind, keineswegs leicht, und ein allgemeiner derartiger internationaler Staatsvertrag, der jedem zivilisierten Staate den Beitritt gestatten würde, müßte zurzeit in hohem Grade bedenklich erscheinen. Eine Haager Konferenz für internationales Privatrecht hat sich freilich schon mit einem Projekte internationaler Behandlung der Konkurse beschäftigt, ist aber nicht dazu gelangt, einen allgemeinen Weltvertrag für das Konkursrecht vorzuschlagen, hat vielmehr nur einen Entwurf aufgestellt, der als Grundlage für Verträge zwischen einzelnen Staaten dienen könne.

Drittes Buch. Strafrecht.

Literatur vgl. oben, außerdem: Geschichte besonders: Mommsen, Römisches Strafrecht, 1899. Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 1 (2. Aufl., 1906). Kohler, D. intern. Strafr. in d. italienischen Stadtrechten. Zeitschr. f. internat. Privat-Strafr., Bd. 4 u. 5. Meili, Die hauptsächlichsten Entwicklungsperioden d. internat. Strafrechts seit d. mittelalterlich-italienischen Doktrin. — Berner, Wirkungskreis des Strafgesetzes nach Zeit, Raum, Personen. v. Rohland, Das internationale Strafrecht, 1. Abteilung. 1879 (nicht vollendet). Fiore, Traité de droit pénal international et de l'extradition, traduit (de l'Italien) et annoté par Antoine, 2 Bde., Paris 1880. Hegler, Prinzipien des internationalen Strafrechts 1906. Mendelssohn-Bartholdy, in „Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts", allgemeiner Teil. Bd. 6, S. 85—316. Kitzinger, daselbst Bd. 1, S. 136—233. Meili, Lehrbuch des internationalen Strafrechts u. Strafprozeßrechts. Zürich 1910. v. Bar, in dem Sammelwerke, Die Reform des Strafgesetzbuchs, hrsg. von Aschrott u. v. Liszt, Bd. 1, 1910, S. 42—65. Außerdem Lehrb. S. 207—276.

I. Einleitung.

§ 51. I. Einleitung. Aufgabe des internationalen Strafrechts. Auch im internationalen (materiellen) Strafrechte handelt es sich um die Bestimmung der Zuständigkeit der Gesetze der einzelnen Staaten, jedoch mit dem Unterschiede, daß man es für unangemessen erachtet, eine Strafe auf Grund eines ausländischen Strafrechts zu verhängen, das einer abweichenden Auffassung der Strafgerechtigkeit folgen kann: das auswärtige Strafrecht kann für unsere Gerichte nur als Schranke der Ausübung unseres Strafrechts in Betracht kommen; wir verzichten unter Umständen auf Bestrafung überhaupt, wenn das Ausland nicht, und wir verzichten etwa auch auf strengere Bestrafung, wenn das Ausland eine mildere Strafe für genügend erklärt. Die in der Strafrechtszuständigkeit vorhandenen Lücken können strafprozessual durch Rechtshilfe (Auslieferung an den zuständigen Staat) unschädlich gemacht werden.

Die Fragen, welche das internationale Strafrecht zu lösen hat, sind weit weniger zahlreich als diejenigen des internationalen Privatrechts, und die einzelnen Fälle, sofern nicht eine Frage des internationalen Privatrechts oder des Staatsrechts oder Völkerrechts als Vorfrage in Betracht kommt, nicht so verwickelt, wie oft streitige Fälle es sind, in denen das internationale Privatrecht die entscheidende Norm anzugeben hat. Dagegen sind die Prinzipien des internationalen Strafrechts, auch in der praktischen Anwendung, mehr bestritten als diejenigen des internationalen Privatrechts.

Dies erklärt sich daraus, daß im Privatrecht die Konsequenzen unrichtiger Sätze unmittelbarer und der Gesamtheit fühlbarer hervortreten als im Strafrecht. So wird niemand jetzt noch den Satz aufstellen, daß die Gerichte unseres Staates auf auswärtiges Privatrecht überhaupt keine Rücksicht zu nehmen brauchen, daß unser Staat, wenn er einen rechtlich geordneten Verkehr der Privaten mit dem Auslande wolle, in dem Ausschluß der Berücksichtigung auswärtiger Rechtsnormen so weit gehen könne, als ihm irgend beliebe. Dagegen leugnen manche die Existenz irgendeiner Schranke für die internationale Erstreckung der Strafgesetze, vielmehr könne jeder Staat nach seinem Gutdünken auch alle und jede im Auslande von Ausländern vorgenommenen Handlungen nach seinen (besonderen) Strafgesetzen strafen. Die Strafe wird eben nur dem Einzelnen, den sie trifft, und allenfalls dessen nächsten Angehörigen fühlbar, und in manchen Fällen ist es auch kaum von erheblicher Bedeutung, ob jemand, der nach den Gesetzen sämtlicher zivilisierter Staaten eine schwere Strafe zweifellos verdient hat, von dem einen oder dem anderen Staate solche Strafe empfängt. Andererseits, wenn bei mangelnder eigener Strafzuständigkeit unseres Staates und mangelnder Auslieferung an den nach einer anderen Theorie ausschließlich zuständigen Staat zweifellose Verbrecher jeder Bestrafung öfter entgehen können, scheint eine der Herrschaft der Strafgesetze international engere Grenzen setzende Theorie zur Abwehr eines theoretischen Angriffs sich auf den Hinweis darauf berufen zu dürfen, daß überhaupt ja viele Verbrecher straflos bleiben, und daß der Staat aus mannigfachen Gründen auf die Bestrafung zahlreicher strafwidriger Handlungen gesetzlich verzichtet, während kein zivilrechtlicher Anspruch der Möglichkeit einer Entscheidung entbehren darf.

II. Geschichtliche Entwicklung.

§ 52. 1. Altertum. Im Altertum herrschte im internationalen Strafrecht die Konsequenz des Racheprinzips. Der Staat, der selbst oder dessen Bürger im Auslande oder durch einen Ausländer verletzt war, galt als ausschließlich zuständig, an dem Schuldigen Rache zu üben, was denn auch in der Form der Anwendung der üblichen Strafe geschehen konnte, während das Strafgesetz als Gesetz nur die Angehörigen desjenigen Staates verpflichtete, der das übertretene Strafgesetz erlassen hatte. Die Bestrafung (das Rachenehmen) setzte selbstverständlich voraus, daß der selbst oder in der Person seines Angehörigen verletzte Staat den Schuldigen in seine Gewalt bekam. Dies geschah nicht selten durch Auslieferung seitens desjenigen Staates, in dessen Gebiete der Schuldige sich aufhielt, und so sind — namentlich war dies römische Praxis — von einem Staate auch eigene Angehörige einem anderen Staate zur Bestrafung ausgeliefert oder angeboten worden, wenn die Gerechtigkeit des Strafanspruchs anerkannt wurde. Ein derartiges internationales Strafrecht konnte ausreichen, solange nur unmittelbar körperliche Schädigungen und Beraubungen und Kriegsverrat oder Gebietsverletzungen in Betracht kamen. Es konnte ja auch selbstverständlich in dieser Beschränkung, wer innerhalb eines fremden Gebietes einen Angehörigen dieses Gebietes verletzte oder eine dem dortigen Staat gefährdende Handlung beging, dort bestraft werden, sofern man ihn festhielt, und insoweit kann allerdings von einem Territorialitätsprinzip geredet werden. Aber in Rom sind manche Strafgesetze erst später auf Peregrinen erstreckt worden, insbesondere Strafgesetze, die eine unmittelbar sittliche Bedeutung hatten: wenn z. B. Fremde die Luxusgesetze nicht beobachteten, so kümmerte das die Römer nicht. In der Folge, als Angehörige verschiedenster Nationen massenweise in Rom und den Kulturprovinzen des römischen Reichs zusammenströmten, hat man allerdings die Anwendung der Strafgesetze auf Ausländer für selbstverständlich erachtet, und zur Zeit des Juristen Paulus galt der Gerichtsstand des Ortes der Begehung der Tat ohne Rücksicht auf die Herkunft des Schuldigen und damit für diesen zweifellos auch das römische Strafrecht (D. 1, 18, 3). Da das römische Recht in der Kaiserzeit den gesamten Erdkreis, soweit er als Kulturwelt in Betracht kam, umfaßte, so ergeben die justinianischen Rechtsquellen über internationale Anwendung des römischen Strafrechts im übrigen nichts. Von Auslieferung von Römern an andere Staaten war keine Rede mehr, während es wohl als selbstverständlich galt, daß Römer auch außerhalb der Grenzen des Reichs den römischen Strafgesetzen unterworfen blieben.

§ 53. 2. Mittelalter. Die Vereinigung verschiedener Völker und Volksstämme in demselben Staate führte im Mittelalter ebenso wie im Privatrecht zur Anwendung des persönlichen Rechtes. Soweit der Gesichtspunkt der Entschädigung maßgebend war, entschied das Recht des Verletzten, also namentlich für das Wergeld im Falle der Tötung, soweit dagegen die Strafe eine öffentliche war, das Recht des Täters. Aber schon im 9. Jahrhundert beginnt das Recht des Tatorts durchzudringen, und bei den Postglossatoren, unter denen Bartolus[1] auch für das internationale Strafrecht besonders wichtig ist, wird die Frage des internationalen Strafrechts in erster Linie zu einer Frage des Gerichtsstandes, da man das römische Recht als das überall geltende Weltrecht betrachtet. Das Gericht des Tatorts ist zuständig; anfangs bezweifelt, später allgemein angenommen wird, daß der Schuldige, der nicht am Tatorte bestraft ist, in seiner Heimat bestraft werden kann. Die Frage des materiellen internationalen Strafrechts tritt nur hervor bei partikularen Strafstatuten, welche die italienischen Städte allerdings in mannigfacher Weise erließen. Für solche Strafbestimmungen galt die Annahme, daß der Fremde, welcher sich im Territorium aufhielt, dem dortigen Strafrechte sich unterwerfe, aber eintretendenfalls auf entschuldbaren Irrtum sich berufen könne. Den Einheimischen kann das Statut auch außerorts binden; es kommt darauf an, ob solche Bindung nach dem Sinne des einzelnen Statuts anzunehmen ist. Vagabunden und gewisse gemeingefährliche Verbrecher straft man häufig ohne Rücksicht auf Tatort und Herkunft des Schuldigen. Nicht selten legt sich eine Stadt aber auch Strafzuständigkeit bei, wenn auswärts ein Bürger von einem

[1] Meili, Bartolus als Haupt der ersten Schule des internationalen Strafrechts. Zürich 1908.

Fremden verletzt, und dieser hierwegen auswärts noch nicht bestraft ist. Mängel der Strafjustiz sucht man durch Ausdehnung der Gerichtsstände auszugleichen, und das uralte, freilich der Gerechtigkeit weniger entsprechende Prinzip der Zuständigkeit des Rechts des Verletzten (der Rache), macht sich insoweit geltend. Man findet aber auch Erörterung und Entscheidung von Spezialfragen, z. B. der Frage, ob ein auswärtiges Urteil, insbesondere ein Freispruch, anzuerkennen sei.

III. Neuere Zeit.

§ 54. Die verschiedenen Prinzipien (Theorien). Die Doktrin des internationalen Strafrechts macht dann bis gegen Ende des 18. Jahrhunderts kaum Fortschritte; sie leidet unter der Verwechslung prozessualer Zuständigkeit mit materieller Herrschaft des Strafgesetzes. Die niederländischen Schriftsteller neigen der Annahme ausschließlicher des Gesetzes des Tatorts zu, und in England wird dies Prinzip herrschendes Axiom, wie es denn auch in der ersten Revolutionszeit von der französischen Gesetzgebung angenommen wird, die freilich später in gewissem Umfange Strafzuständigkeit auch auf die Staatsangehörigkeit des Schuldigen gründet. Die vollständigen deutschen Strafgesetzbücher, deren erste noch dem 18. Jahrhundert angehören, behandeln, da sie Bestrafung auf Grund eines gemeinen, auch in anderen Staaten geltenden Strafrechts nicht mehr kennen, in richtiger Weise nur die materielle Herrschaft des Strafgesetzes; neben der Herrschaft des Strafgesetzes im Territorium des Gesetzgebers nehmen sie auch eine Herrschaft des Strafgesetzes über Inländer im Auslande in Anspruch und sogar Strafzuständigkeit für Handlungen von Ausländern im Auslande, wenn diese den Staat des Gesetzgebers oder einen Angehörigen dieses Staates verletzen. Während nun allgemein und unbestritten in den zivilisierten Staaten der Grundsatz gilt, daß der Staat des Tatorts Verbrechen, welche die Rechtssphäre von Privatpersonen verletzen, ebenso straft, wenn der Verletzte Ausländer, wie wenn er Inländer ist, beginnt im übrigen der bis heute nicht beendigte Streit über die Zuständigkeit der Strafgewalt der einzelnen Staaten. Die Zuständigkeit des Gesetzes des Tatorts wird dabei meist als selbstverständlich angesehen, nicht völlig mit Recht, wie das Altertum beweist, wenngleich gesagt werden kann, daß der Staat nicht Herr in seinem Territorium sein würde, wenn er nicht sein Strafgesetz auch auf dort verweilende Ausländer anwenden könnte. Gestritten wird darüber, ob dies sogenannte Territorialitätsprinzip exklusiver Natur sei, die Anknüpfung der Strafzuständigkeit an andere Momente nicht zulasse, insbesondere nicht verbunden werden könne mit dem sogenannten aktiven Personalitätsprinzip, d. h. mit der Erstreckung der inländischen Strafgewalt auf Handlungen der Inländer im Auslande. Es ist aber solche Erstreckung in gewissem Umfange sogar unabweisbares praktisches Bedürfnis. Der Inländer könnte sonst im Auslande aller und jeder Pflicht gegen das Vaterland sich ledig erachten, oder es würde doch der strafrechtliche Schutz gegenüber solcher Pflichtverletzung vom Belieben des Auslandes abhängen, das sogar ein Interesse haben kann, solche Pflichtverletzung zu fördern. Daher hat auch von jeher das englisch-nordamerikanische Recht die heimatlichen Hochverratsgesetze auf Staatsangehörige im Auslande für anwendbar erklärt, zur Wahrung des Dogmas von der Exklusivität des Territorialitätsprinzips freilich unter der durchsichtigen Fiktion, daß Begehung von Hochverrat an einen Tatort nicht gebunden sei, und nach und nach hat das praktische Bedürfnis zu immer weiterer Erstreckung englischer Strafgesetze gegen schwere von englischen Staatsangehörigen und Seeleuten im Auslande begangene Verbrechen geführt. Eine Verletzung der Souveränitätsrechte des Auslandes liegt darin nicht. Der Staatsangehörige hat nur neben den Gesetzen des Auslandes auch Gesetze seiner Heimat zu beobachten. Konfliktsfälle der Pflichten sind denkbar, aber äußerst selten; sie beruhen entweder auf besonderer Schuld oder Sorglosigkeit des Individuums oder auf einer Verletzung des Völkerrechts seitens eines der beteiligten Staaten. Der Gesetzgeber des Heimatstaates muß freilich, um gerecht zu bleiben, dem Gesetze des Aufenthaltsortes eine die Wirksamkeit des heimatlichen Strafgesetzes beschränkende Bedeutung in gewissem Umfange zuerkennen. Er wird z. B. den Schuldigen, der im Auslande schon eine empfindliche Strafe erlitten hat, nicht nochmals strafen dürfen, und er wird anzuerkennen haben, daß das Gesetz des Tatorts nach Maßgabe der dortigen Verhältnisse manche Handlungen mit gutem Grunde straffrei lassen kann, die das heimatliche Gesetz des Täters bestraft; solche Straffreiheit

nach dem Gesetze des Tatortes muß also auch in der Heimat des Individuums wirksam sein, und dafür spricht die Gerechtigkeit insofern, als wer im Auslande verweilt, dem Einfluß dort herrschender Sitten und Anschauungen ausgesetzt, also entschuldigt ist, wenn er das tut, was diese erlauben. Aber der Heimatstaat kann mit Fug von dieser Ausnahme der Gebundenheit durch das heimatliche Strafgesetz wieder eine Ausnahme machen, also den Staatsangehörigen für unbedingt gebunden erklären, und tut dies auch, wenn es sich um die eigentliche Treupflicht des Staatsangehörigen (oder Beamten) gegen ihn, den Staat, selbst handelt. Gesetze gegen Hoch- und Landesverrat, gegen Pflichtverletzungen von Beamten finden also Anwendung ohne Rücksicht auf Straffreiheit nach dem Gesetze des Tatorts.

Vielfach wird aber mit dem Territorialitäts- und dem aktiven Personalitätsprinzip auch das sogenannte passive Personalitätsprinzip oder, wie man jetzt meistens sagt, das Schutz- oder Realprinzip verbunden. Der Staat, so wird behauptet, hat Recht und Verpflichtung, sich selbst und seine Angehörigen durch Strafgesetze zu schützen, ist also strafzuständig auch gegen Handlungen von Ausländern, die im Auslande ihn oder seine Angehörigen verletzen. Durch solche Erstreckung seiner Strafzuständigkeit — die überflüssig ist, weil, wie bemerkt, jeder zivilisierte Staat innerhalb seiner Grenzen Ausländer in völlig gleicher Weise wie Inländer strafrechtlich schützt — macht aber der Staat den Ausländern über ihr Verhalten im Auslande Zwangsvorschriften und unternimmt somit einen wirklichen Eingriff in das Souveränitätsrecht anderer Staaten; er hat zwar Schutzrecht und Schutzpflicht in Beziehung auf seine Angehörigen im Auslande; allein Recht und Pflicht sind hier nicht strafrechtlicher, vielmehr völkerrechtlicher, diplomatischer Natur. Außerdem könnte bei allgemeiner Annahme des sogenannten Realprinzips niemand auf Grund des territorialen Strafgesetzes sich wirklich durchaus straffrei erachten: er könnte ja nach irgendeinem auswärtigen Strafgesetze zur Verantwortung gezogen werden, wenigstens, wie bei großem internationalen Verkehr leicht möglich, wenn er im Auslande betroffen wird. In vielen Fällen ist es auch zweifelhaft, wer in Wahrheit der durch eine Tat Verletzte ist, also danach zweifelhaft die Zuständigkeit, die doch aus praktischen Gründen möglichst wenig dem Zweifel ausgesetzt sein darf. Endlich aber können, wenn solche Zuständigkeit nicht nur auf dem Papier stehen, vielmehr öfter praktisch angewendet werden soll, bösartige Reibungen mit auswärtigen Staaten sich ergeben, die solche Zuständigkeit gegenüber ihren Angehörigen nicht anerkennen. Gleichwohl hat das einem überspannten nationalen Machtgefühl schmeichelnde Realprinzip in neuester Zeit wieder viele Anhänger, besonders in Deutschland, gefunden, die dabei vergessen, daß vermöge des international geltenden Reziprozitätsprinzips die Annahme des Realprinzips das Deutsche Reich verhindern würde, diplomatisch zum Schutze eines Deutschen einzuschreiten, der wegen einer innerhalb des Deutschen Reichs vorgenommenen und hier durchaus erlaubten Handlung im Auslande strafrechtlich verfolgt, vielleicht sofort verhaftet wäre. Nur bei Auslandshandlungen, die in der Verletzung oder Gefährdung des Staates selbst bestehen, ist Bestrafung von Ausländern zulässig, da hier das Ausland entweder keinen oder doch nur einen durchaus unzulänglichen Schutz gewährt; hier steht aber auch das verletzte Subjekt durch die Natur der Handlung im konkreten Falle außer Zweifel, ebenso meist die Strafbarkeit, und endlich werden hierher gehörige Handlungen von Ausländern im Auslande gegen unseren Staat selten begangen.

Ein letztes Prinzip ist das des sogenannten Weltstrafrechts, demzufolge jeder Staat jedes irgendwo und von irgendwem begangene (und noch nicht durch Strafe gesühnte) Verbrechen zu strafen berechtigt sein soll. Indes wird dies Prinzip meist nur mit erheblichen Beschränkungen aufgestellt, z. B. mit der Einschränkung, daß der Staat nur straft, wenn Auslieferung an den Staat des Tatorts oder den Heimatstaat des Schuldigen nicht stattfindet. (In dieser Weise ist das Prinzip für schwerere Delikte angenommen, z. B. im italienischen StGB.) Theoretisch wird das Weltrechtsprinzip darauf gegründet, daß schwere Verbrechen in allen zivilisierten Staaten gleichmäßig strafbar seien; bei genauerer Betrachtung erweist sich diese Annahme aber als unrichtig, und sehr verschieden zeigt sich, worauf es praktisch auch ankommt, die wirkliche Handhabung des Strafrechts. Außerdem ist es keineswegs immer für den Angeklagten oder Verdächtigen unerheblich, in welchem Lande er sich zu verantworten, gegen eine Anschuldigung zu verteidigen hat.

IV. Internationales Strafrecht nach dem deutschen Strafgesetzbuche.

§ 55. Das gegenwärtig geltende deutsche Strafgesetzbuch, im wesentlichen hier beruhend auf dem früheren preußischen StGB., stimmt in der internationalen Behandlung des Strafrechts überein mit den soeben als richtig bezeichneten Prinzipien. Mit dem Territorialitätsprinzip verbindet es das aktive Personalitätsprinzip, so jedoch, daß die nach dem Gesetze des Tatorts straffreie Handlung auch im Deutschen Reiche straffrei ist, nur nicht da, wo es sich um Verletzung besonderer Treuverpflichtung gegen das Deutsche Reich oder einen deutschen Bundesstaat handelt, und Auslandshandlungen von Ausländern werden nur, wenn Hochverrat oder Dienstdelikt gegen das Deutsche Reich oder einen deutschen Bundesstaat darin zu befinden ist, als der deutschen Strafgewalt unterliegend angesehen. Eine Abweichung besteht nur, insofern Münzverbrechen, einerlei wo oder von wem oder an welches Staates Münzen, Papiergeld usw. begangen, (als sogenanntes Weltverbrechen) auch der deutschen Strafgewalt unterliegen. Einige besondere Gesetze haben einige andere Fälle solcher Erstreckung der deutschen Strafzuständigkeit aufgestellt, so das sogenannte Sprengstoffgesetz.

Polizeidelikte (nach dem deutschen RGB. „Übertretungen") werden, wenn im Auslande begangen, allgemein nicht bestraft, vielmehr nur auf Grund besonderer Staatsverträge, wenn sie in Grenzbezirken begangen sind.

Die Verfolgung einer im Auslande begangenen Straftat ist übrigens zuweilen von besonderer Anordnung der obersten Justizverwaltungsstelle abhängig gemacht (nach dem norwegischen StGB. bei Verbrechen von Ausländern sogar von Anordnung des Königs). Nach dem deutschen StGB. ist hier, während sonst die Regel des sogenannten Legalitätsprinzips gilt, das sogenannte Opportunitätsprinzip maßgebend, d. h. die Staatsanwaltschaft erhebt öffentliche Klage nur, wenn sie dies mit Rücksicht auf die Lage des einzelnen Falles für angemessen erachtet, nicht schon, wenn ihrer Ansicht nach der Beweis der Begehung der Straftat gegen den Verdächtigen voraussichtlich erbracht werden kann; die Kosten und Schwierigkeiten der Verfolgung einer im Auslande begangenen Straftat können außer Verhältnis stehen zu ihrer Bedeutung im konkreten Falle.

Für Verbrechen, die in staatenlosen oder solchen Gebieten begangen werden, die nichtzivilisierten Volksstämmen gehören, bietet das aktive Personalitätsprinzip die richtige Aushilfe. Freilich müßte dem Richter die Befugnis beigelegt werden, mit Rücksicht auf die abweichenden tatsächlichen Verhältnisse eine dort begangene Handlung für straffrei oder für weniger strafbar als nach dem heimatlichen Rechte des Angeklagten zu erklären. Da, wo Konsulargerichtsbarkeit in einem fremden Lande noch besteht, ist auch das heimatliche Gesetz des Angeklagten mehr oder weniger maßgebend. Die internationale Behandlung der in Luftfahrzeugen oder von diesen aus begangenen Delikte ist mehrfach erörtert, aber noch nicht durch gesetzliche Bestimmungen geregelt [1].

V. Einzelne wichtige Fragen.

§ 56. 1. Ort der Handlung. Sehr bestritten und wichtig ist die Frage, in welchem Territorium eine Handlung als begangen anzusehen ist, wenn der zum Deliktstatbestande gehörige Erfolg in einem anderen Territorium eintritt als in demjenigen, in welchem die Handlung im engeren Sinne vorgenommen wurde, genauer ausgedrückt: als in demjenigen Territorium, in welchem der Handelnde im Augenblick des von ihm ausgehenden, nach außen wirkenden Willensaktes sich aufhielt (sogenanntes Distanzdelikt). Ist z. B. eine Erpressung mittels Briefes da begangen, von wo der Brief abgesandt wurde, oder an dem Orte, wo er das Opfer des Erpressers erreichte, oder an beiden Orten? Genau betrachtet steht nur eine besondere Anwendung des aktiven Personalitäts- oder des Schutzprinzips — in dem Sinne, daß der Staat auch alle in seinem Gebiete nur zeitweilig befindlichen Objekte strafrechtlich schützen

[1] Was zum Staatsgebiete gehört, bestimmt das Völkerrecht. Das Schiff in offenem Meere gilt als Teil des Territoriums, welchem der Heimathafen des Schiffes angehört (dessen Flagge das Schiff rechtmäßigerweise führt). Handlungen, begangen auf Schiffen, welche das Küstenmeer durchfahren, sind der richtigen Ansicht nach der Strafgewalt des Uferstaats nur unterworfen, wenn sie die Sicherheit des Küstenmeeres oder des Uferstaates beeinträchtigen.

will gegen Angriffe von auswärts — in Frage, und je nachdem die einzelne Gesetzgebung das eine oder das andere Prinzip oder beide angenommen hat, muß auch die Antwort verschieden ausfallen. Vorzuziehen ist die Antwort im Sinne der ersten Alternative schon deshalb, weil der Ort des Erfolges oft kaum bestimmbar ist (wo tritt z. B. oft der Erfolg einer Verleumdung ein?), und weil die anderen Ansichten den Handelnden oft einem Strafgesetze unterwerfen, welches er gar nicht kennen konnte. Indes folgt Gesetzgebung und Praxis häufig dem entgegengesetzten Prinzip oder (und das ist die Praxis des deutschen Reichsgerichts) es wird Strafzuständigkeit in Anspruch genommen sowohl wenn die Handlung, wie wenn der Erfolg im Territorium in Erscheinung trat. Nur ein besonderer hierher gehöriger Fall ist enthalten in der Frage, welche Strafgewalt kraft des Territorialitätsprinzips zuständig ist, wenn Anstiftung oder Beihilfe in dem Lande A erfolgt, die Haupthandlung aber, auf welche die Anstiftung oder Beihilfe sich bezieht, in einem anderen Lande ausgeführt wird. (Für Begünstigungshandlungen dürfte noch weniger als für Anstiftung und Beihilfe die Strafzuständigkeit des Landes der Haupttat begründet sein.) Aber die Straffreiheit (Erlaubtheit) der Handlung an dem Orte, an welchem der Erfolg eintreten oder die Haupthandlung vorgenommen werden soll, muß der richtigen Ansicht nach auch die Straffreiheit der auf den Erfolg gerichteten Handlungen (als solcher) zur Folge haben, auch der Anstiftungs- und Beihilfehandlungen.

§ 57. 2. Straftilgungsgründe. Die Strafbarkeit einer Straftat, welche zum Auslande in Beziehung steht, kann nach dem Gesetze des Auslandes erloschen, getilgt sein, z. B. durch Verjährung, Begnadigung. Ist solche Tilgung der Strafbarkeit bei uns anzuerkennen, wenn die Tat an sich unter die Strafzuständigkeit unseres Staates fällt? Fast selbstverständlich ist hier der Satz, daß eine auswärts, einerlei in welchem Staate, vollzogene Strafe auf eine bei uns in abstracto noch mögliche Strafe angerechnet werden, also die letztere ausschließen muß, wenn sie der bei uns sonst zu erkennenden Strafe ungefähr gleichkommt. Freilich ist genaue Vergleichung wegen Verschiedenheit der Strafarten und verschiedenen Vollzuges selbst derselben Strafart oft unmöglich; indes kleinliche Berechnung wäre mit Rücksicht auf die Übelstände eines erneuerten Strafverfahrens nicht am Platze. Man wird aber eine nach dem Gesetze des Tatorts (von dem dortigen Gerichte) erkannte und verbüßte Strafe, ohne Rücksicht auf ihre etwa geringere Schwere, unbedingt als Tilgungsgrund auch bei uns anzuerkennen haben, wenn man sogar die Straflosigkeit der Tat nach Maßgabe jenes Gesetzes bei uns gelten läßt, und ebenso die nach dem dortigen Gesetze eingetretene Begnadigung und Verjährung, erstere wenigstens dann, wenn man sie als Anwendung höherer Gerechtigkeit auf den einzelnen Fall betrachtet, letztere deshalb, weil das Gesetz auch im Falle der Verjährung sagt: die Handlung ist jetzt straflos, weil sie nicht mehr strafbar ist. Das deutsche StGB. erkennt aber nicht nur diese nach dem Gesetze des Auslandes eingetretenen materiellen Straftilgungsgründe als bei uns wirksam an, sondern auch den prozessualen Tilgungsgrund eines im Staate des Tatortes ergangenen freisprechenden Urteils, eine Anerkennung, für welche erhebliche Zweckmäßigkeitsgründe sprechen. Man muß indes die beschränkende Voraussetzung machen, daß die Freisprechung erfolgte, weil der Angeklagte nicht schuldig befunden oder ein Straftilgungsgrund als vorliegend angesehen wurde; Freisprechung deshalb, weil die Strafzuständigkeit des Staates verneint wurde, könnte unsere Strafzuständigkeit nicht ausschließen. Außerdem kann von einer Wirksamkeit der nach dem Gesetze des Tatorts eingetretenen Straftilgungsgründe da nicht die Rede sein, wo der Staat sich eine absolute, von dem Gesetze des Tatorts völlig unabhängige Strafgewalt zuschreibt, also insbesondere bei den sogenannten Staatsverbrechen; nach dem deutschen StGB. bei Hoch- und Landesverrat sowie Beleidigung eines Bundesfürsten durch einen Deutschen.

Welche Grundsätze in den in Angriff genommenen Reformgesetzgebungen des Deutschen Reichs, Österreichs und der Schweiz schließlich zur Geltung kommen werden, ist zurzeit (Frühjahr 1912) nicht vorherzusehen. Es besteht indes (leider) Neigung, neben dem Territorialitäts- und dem aktiven Personalitätsprinzip auch das Schutzprinzip in erheblichem Maße anzunehmen.

Viertes Buch. Strafprozeßrecht.

I. Einleitung. Allgemeines Prinzip, insbesondere der internationalen Rechtshilfe.

Literatur vgl. oben und außerdem: Billot, Traité de l'extradition, Paris 1874. Lammasch, Auslieferungspflicht und Asylrecht 1887. Bernard, Traité théorique et pratique de l'extradition, 2 Bde., Paris 1890. Basset-Moore, A treatise on international Extradition and interstate Rendition, 2 Bde., Boston 1891. v. Martitz, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 2 Abteilungen 1888, 1897. Delius, Das Auslieferungsrecht 1899. Grosch, Das deutsche Auslieferungsrecht 1902.

§ 58. Im Strafprozeßrecht gilt ebenso wie im Zivilprozeßrecht der Satz, daß der Richter Amtshandlungen nur in den vom inländischen Rechte vorgeschriebenen Formen vornehmen darf. Die Voraussetzungen können allerdings durch Akte ausländischer Gerichte, bei denen das ausländische Recht maßgebend ist, geliefert werden, insofern es sich um eine dem Auslande zu leistende Rechtshilfe handelt. Solche Rechtshilfe kann nur geleistet werden, wenn der Rechtsanspruch des auswärtigen Staates nach Maßgabe der Rechtsordnung desjenigen Staates, der Rechtshilfe leisten soll, als der Gerechtigkeit entsprechend zu betrachten ist. Die letztere Frage muß also, bevor Rechtshilfe geleistet wird, geprüft und bejahend beantwortet sein. Internationale Verträge, insbesondere über die wichtigste Rechtshilfehandlung, die Auslieferung, erleichtern häufig diese Prüfung. Unmittelbare Vollstreckung aber eines auswärtigen Strafurteils an der Person des Verurteilten lehnt unser heutiges internationales Recht ab; einerseits würde man damit eine zu große Verantwortlichkeit für die Gerechtigkeit des auswärtigen Strafurteils übernehmen und anderseits namentlich bei Freiheitsstrafen mit zu großen Kosten und anderen Schwierigkeiten sich belasten.

Über Ehren- und politische Rechte kann stets nur derjenige Staat verfügen, der sie (als innerhalb seines Machtbereichs auszuübende) verleiht. Daher hat bei uns kein Strafurteil eines fremden Staates Wirksamkeit in bezug auf politische in unserem Staate auszuübende Rechte. Rein persönliche Auszeichnungen kann allerdings der Staat, der sie verliehen hat, aberkennen, und andererseits kann ihre Benutzung sowohl Fremden wie Staatsangehörigen im Territorium vom Territorialstaate verboten, also auch durch Strafurteil entzogen werden. Nach dem deutschen StGB. § 37 kann ein besonderes Strafverfahren stattfinden, um einem Deutschen, der im Auslande wegen eines nach deutschem Rechte die Ehrenrechte berührenden Deliktes verurteilt ist, diese im Deutschen Reiche zu entziehen.

II. Auslieferung.

§ 59. 1. Geschichtliche Entwicklung. Während im Altertume die Auslieferung[1] des Verbrechers an den unmittelbar oder in der Person eines Angehörigen verletzten Staat, ein materielles internationales Strafrecht, wie bemerkt, wesentlich ersetzte (vgl. oben § 52), war sie im Mittelalter und in den ersten Jahrhunderten der Neuzeit eine nach Willkür der Herrscher und Regierungen behandelte Angelegenheit, obschon theoretisch die Postglossatoren die Remissio an den zuständigen Richter wegen des ihrer Ansicht universellen Charakters des Strafrechts und der Strafjustiz eigentlich als Rechtspflicht bezeichnet hatten. Erst im 18. Jahrhundert finden wir internationale Verträge, welche die allgemeine Rechtssicherheit schützen wollen, und somit die Auslieferung als einen Akt der Rechtshilfe zu behandeln beginnen, eine Auffassung, die in den seit der Mitte des 19. Jahrhunderts in großer Zahl geschlossenen die Auslieferung unter den Vertragsstaaten allgemein regelnden Verträgen ebenso wie in der Theorie unbestritten zur Herrschaft gelangt ist.

[1] Das sogenannte völkerrechtliche Asyl ist nichts anderes als Ablehnung der Rechtshilfe, nicht ein besonderes Recht politischer Flüchtlinge, deren Verfolgung an die Grenzen des verfolgenden Staates gebunden ist. Freilich wird heutzutage politischen Flüchtlingen unter gewissen Voraussetzungen dies sogenannte Asyl anständigerweise nicht versagt.

§ **60.** 2. Unterscheidung von Auslieferung und Ausweisung. Die Auslieferung an den strafzuständigen Staat ist ohne hierauf gerichteten Vertrag keine wirkliche völkerrechtliche Pflicht. Dagegen ist sie, wenn das interne Staatsrecht nicht entgegensteht, auch ohne vorherigen Vertrag zulässig, jedoch als Akt der Rechtshilfe streng zu unterscheiden von der polizeilichen Maßregel der Ausweisung. Der Ausgewiesene wird nur an dem ferneren Aufenthalt im Lande verhindert, nötigenfalls zwangsweise hinaustransportiert; es muß ihm aber freigestellt bleiben, sich, wohin er will, ins Ausland zu begeben. Der Auszuliefernde wird einer bestimmten anderen Staatsgewalt zum Zwecke der Bestrafung zwangsweise übergeben.

§ **61.** 3. Auslieferungsverträge und Auslieferungsgesetze im allgemeinen. Auslieferung und Abschluß von Auslieferungsverträgen setzt im allgemeinen völkerrechtliche Vertragsfähigkeit voraus. In Bundesstaaten mit einer wirklichen Zentralgewalt müßte der mit Verweigerung der Auslieferung verbundenen internationalen Verantwortlichkeit wegen beides zur Zuständigkeit nur der Zentralgewalt gehören, und so ist es auch in der nordamerikanischen Union, in den südamerikanischen Bundesstaaten und in der Schweiz. Im Deutschen Reiche besteht aber ein Zwitterzustand. Die Reichsgewalt kann — jedoch nur mit Zustimmung des Reichstags — Auslieferungsverträge schließen, und ist solcher Vertrag mit einem fremden Staate geschlossen, so ist insoweit die Vertragsbefugnis der einzelnen Bundesstaaten erloschen, so daß jetzt, da das Reich zahlreiche Auslieferungsverträge geschlossen hat, diese Vertragsbefugnis der einzelnen deutschen Bundesstaaten nur noch wenigen fremden Staaten gegenüber besteht. Bewilligung wie Verweigerung der Auslieferung ist noch Sache der einzelnen Bundesstaaten.

Eine weitere empfehlenswerte positive Grundlage hat das Auslieferungsrecht in Belgien, Luxemburg, England, den Niederlanden, in der Schweiz und mehreren amerikanischen Staaten durch Auslieferungsgesetze erhalten, in denen bestimmt ist, auf welchen Grundlagen Auslieferungen bewilligt und Auslieferungsverträge geschlossen werden können und das Auslieferungsverfahren geregelt ist.

§ **62.** 4. Gegenwärtig für die Auslieferung geltende Grundsätze. Da Auslieferung nur im Interesse der Gerechtigkeit erfolgen soll, die Gerechtigkeit des Strafanspruchs des anderen Staates aber nur nach Maßgabe der im Strafgesetze ausgedrückten Rechtsanschauungen des um Auslieferung ersuchten Staates festgestellt werden kann, so soll ausgeliefert nur werden, wenn die Tat strafbar ist nicht nur nach dem Gesetze des ersuchenden, sondern zugleich nach dem Gesetze des ersuchten Staates (sog. Grundsatz der identischen Strafnorm). Die Frage ist jedoch im einzelnen Falle nicht zu prüfen, wenn in einem allgemeinen Auslieferungsvertrage die Straftaten, wegen deren Auslieferung stattfinden soll, einzeln aufgeführt sind, es sei denn, daß das gegenteilige Verfahren besonders angeordnet ist oder das englisch-nordamerikanische Verfahren (siehe unten) stattfindet. Als Folge des Erfordernisses der Strafbarkeit auch nach dem Gesetze des ausliefernden Staates gilt auch die Beschränkung, daß die Strafbarkeit der Tat nach diesem Gesetze nicht schon verjährt sein darf, während bestritten ist, ob das Fehlen eines zur Verfolgung erforderlichen Privatantrags ebenso zu behandeln sei.

Wegen der großen Differenz der politischen Gesetze der einzelnen Staaten und ihrer praktischen Handhabung, ebenso auch wegen der Zweifel, ob selbst identisch lautende Strafnormen im Sinne der gleichen Gerechtigkeit in verschiedenen Staaten angewendet werden möchten, ist gerade im Gegensatz zur früheren Zeit seit dem vierten Jahrzehnt des 19. Jahrhunderts die Auslieferung wegen politischer Verbrechen ausgeschlossen, und zwar, wie meist angenommen wird, nicht nur wegen solcher Straftaten, die in abstracto lediglich politischer Natur sind (Angriffe auf den Staat und dessen Verfassung), sondern auch wegen solcher Straftaten, die in abstracto nicht politischer Natur, doch, wie man mit einem ungenauen (aber bis jetzt durch einen allgemein angenommenen noch nicht ersetzten) Ausdruck sagt, mit politischen Verbrechen konnex sind, als gewöhnliche und naheliegende Mittel für politische Zwecke dienen. Andererseits ist durch die sogenannte in

einigen Verträgen sich findende Attentatsklausel Mord und Mordversuch, begangen gegen das Staatsoberhaupt und Familienmitglieder desselben, für ein nichtpolitisches, also der Auslieferung unterliegendes Verbrechen erklärt. Die Abgrenzung der politischen von den nichtpolitischen Verbrechen ist trotz mannigfacher Vorschläge noch nicht gelungen, ebensowenig eine befriedigende Definition der anarchistischen Verbrechen, welche die den politischen Verbrechen gewährte Exemtion, wie von vielen angenommen wird, nicht genießen sollten.

Ausgeschlossen ist ferner jetzt Auslieferung bei rein militärischen Delikten — es gibt freilich als Reste früherer Zeit noch einige wenige die Auslieferung von Fahnenflüchtigen bestimmenden Deserteurkonventionen — sowie bei Zoll- und Finanzdelikten [1] und von Polizeidelikten (Übertretungen), und der Natur der Sache entspricht es, daß zwischen entfernteren Staaten die Auslieferung sich auf schwerere Verbrechen beschränkt, so daß schon hiernach das Projekt einer alle zivilisierten Staaten umfassenden einheitlichen Auslieferungskonvention nicht ausführbar scheint.

Endlich liefern die Staaten des europäischen Kontinents eigene Staatsangehörige nicht aus (RGB. § 9), während England und die Vereinigten Staaten von Nordamerika diese Beschränkung nicht prinzipiell, vielmehr nur der Reziprozität wegen geltend zu machen pflegen [2].

§ 63. 5. Auslieferungsverfahren und rechtliche Folgen der Auslieferung. Das Auslieferungsverfahren beginnt, nachdem im diplomatischen Wege das Ersuchen gestellt ist, mit Verhaftung des Auszuliefernden. (Möglich ist übrigens, daß auch ohne solches Ersuchen, wenn die Auslieferung unzweifelhaft erscheint — wie z. B. eines notorischen Gauners — vorsorglich gewissermaßen kraft Negotiorum gestio eingeschritten wird.) Der Konsequenz nach müßten dabei die Voraussetzungen und Formen beobachtet werden, welche überhaupt bei (nicht auf kürzeste Frist beschränkten) Verhaftungen erforderlich sind, d. h. der inländische zuständige Richter müßte die Verhaftung nach inländischem Rechte für gerechtfertigt und zugleich die Auslieferung (sofern hier Beschränkungen bestehen) für zulässig erklären, anderenfalls die Verhaftung (Festnahme) aufheben. Diese Konsequenz ist aber, vorbehaltlich der Befugnis der Regierung, die Auslieferung abzulehnen, nur im englisch-nordamerikanischen Rechte gezogen. Die Staaten des europäischen Kontinents dagegen lassen regelmäßig den durch ein Gericht des ersuchenden Staates ausgestellten Haftbefehl als für die Auslieferung genügenden Beweis der Schuld gelten, jedoch mit der Verschiedenheit, daß in einer Anzahl von Staaten, zu denen z. B. das Deutsche Reich und Frankreich gehören, die Auslieferung, sofern die Eigenschaft als Ausländer des Auszuliefernden nicht bestritten, bzw. nicht zweifelhaft ist, lediglich als Verwaltungssache von der Regierung (den zuständigen Ministerien) erledigt wird, während in anderen Staaten (in Belgien, den Niederlanden, der Schweiz [3]) ein Gericht (in der Schweiz das Bundesgericht) über die Zulässigkeit der Auslieferung (abgesehen von der Beweisfrage) nach Maßgabe des Auslieferungsgesetzes oder des Auslieferungsvertrages entscheidet.

Der Ausgelieferte darf nur verurteilt (bestraft) werden wegen der in der Bewilligung der Auslieferung angegebenen Tat unter Beschränkung auf die dabei angegebene strafrechtliche Bezeichnung (sog. Grundsatz der Spezialität der Auslieferung). Besteht jedoch zwischen den beiden Staaten ein allgemeiner Auslieferungsvertrag, so kann die Verurteilung die Tat auch als eines der in dem Vertrage als der Auslieferung unterliegenden Delikte charakterisieren. Eine Überschreitung dieser Grenzen von Anklage und Urteil kann der Ausgelieferte vor dem Gerichte des Staates, an welchen er ausgeliefert ist, rügen, nicht dagegen den Umstand, daß er zu Unrecht ausgeliefert sei. Wird der Angeklagte freigesprochen, so kann eine Ver-

[1] In dem deutsch-österreichischen Zollkartell von 1905 ist gegenseitig Bestrafung der Kontraventionen gegen die Zollgesetze des anderen Vertragsstaates bestimmt.

[2] Selbstverständlich liefert ein Staat nicht aus, wenn er sich eine (nicht nur subsidiäre) Strafzuständigkeit in dem fraglichen Falle zuschreibt, und Voraussetzung ist auch, daß man den Staat, an welchen ausgeliefert werden soll, für zuständig ansieht. Die Auslieferungsverträge sprechen nur von einer Auslieferung an den Staat, in dessen Gebiet die Tat begangen ist.

[3] In der Schweiz ist Entscheidung des Bundesgerichts nur dann erforderlich, wenn der Auszuliefernde Einwendungen gegen die Auslieferung erhebt.

folgung wegen einer anderen vor der Auslieferung begangenen Straftat gegen ihn nur stattfinden, wenn dem in Freiheit gesetzten Ausgelieferten hinlänglich — die Verträge setzen bestimmte Fristen — Zeit gelassen ist, das Staatsgebiet zu verlassen.

III. Rechtshilfe im Beweisverfahren.

§ 64. In den Auslieferungsverträgen pflegt man sich gegenseitig auch Rechtshilfe durch Überlieferung von Beweisstücken und Vernehmung von Zeugen für die Auslieferungsfälle zuzusichern. Eine Verpflichtung von Zeugen und Sachverständigen behufs ihrer Vernehmung sich ins Ausland zu begeben, besteht jedoch nicht, ebenso nicht eine Verpflichtung zur Aussage, wenn die den Gegenstand der Untersuchung bildende Tat nach inländischem Rechte nicht strafbar ist. Auf den Ersatz der Kosten der Ausführung der Requisition innerhalb des Staatsgebiets pflegt man gegenseitig in den Verträgen zu verzichten; sonst hat nach allgemeinen Grundsätzen der die Auslieferung nachsuchende Staat sämtliche Kosten zu tragen.

§ 65. Schlußbemerkung. Im Verhältnis von Staaten, die einen wirklichen Bundesstaat bilden, greift Rechtshilfe und Auslieferung insbesondere meist weiter. Innerhalb des Deutschen Reiches entscheiden durchaus die gleichen Bestimmungen, welche für das Verhältnis der Gerichte eines und desselben Bundesstaates gelten.

Fünftes Buch.
Internationales Verwaltungsrecht.

K. Neumeyer, Internationales Verwaltungsrecht, Bd. I 1910. „Innere Verwaltung 1910" und „Grundlinien des internat. Verwaltungsrechts" (Vortrag) 1911. — Erörterungen einzelner Fragen auch in Werken und Zeitschriften, welche internationales Recht und insbesondere internationales Privatrecht behandeln.

§ 66. Daß es ein dem internationalen Privatrechte entsprechendes internationales Verwaltungsrecht gebe, ist von O. Mayer[1] deshalb bestritten worden, weil das internationale Privatrecht auf dem Grundgedanken einer die gesamte Menschheit umfassenden Gemeinschaft beruhe, in welcher die einzelnen Staaten durch gemeinsam verteilte Rollen die Rechtsordnung aufrechterhalten, während im Verwaltungsrechte lediglich der Wille des einzelnen Staates herrsche, der hier sich prinzipiell abweisend gegen fremde Verwaltungen verhalte. Zwar könne durch völkerrechtlichen Vertrag auch die Verwaltung (in einzelnen Angelegenheiten) gebunden werden; aber dies geschehe doch nur kraft einer innerstaatlichen Anordnung (Gesetz, dienstliche Anweisung der Beamten usw.). Der Wille des einzelnen Staates ist aber nicht lediglich durch seinen unmittelbaren Machtbereich (sein Territorium) beschränkt; es gibt noch andere völkerrechtliche Schranken, und der Irrtum Mayers beruht auf der in der deutschen Literatur neuerdings viel vertretenen unzutreffenden Vorstellung, daß das Völkerrecht innerhalb des unmittelbaren Machtbereichs eines Staates nur kraft ausdrücklicher Anordnung des Staates gelte. Aber nach richtiger, auch in der ausländischen Literatur vorherrschender Ansicht ist das Völkerrecht, soweit es auch ohne Vertrag besteht, ohne weiteres Bestandteil des Rechtes der einzelnen Staaten[2]. Allerdings kann der einzelne Staat es durch besondere Anordnung in seinem unmittelbaren Bereiche außer Kraft setzen, da seine Beamten und die in seinem Ge-

[1] Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 2, S. 452 ff.

[2] Vgl. im Sinne des Textes auch die interessante Entscheidung der vereinigten Strafsenate des RG. (Entsch. 16, S. 165). — Wo steht z. B. auch in den Gesetzen des Deutschen Reichs etwas von der Exterritorialität fremder Kriegsschiffe? Und doch wird niemand diese Exterritorialität bezweifeln!

biete sich aufhaltenden Personen ihm gehorchen, und insoweit kann man sagen, ein jeder Staat bestimme seine Rechtssphäre selbst und souverän. Aber eine einen völkerrechtlichen Übergriff enthaltende Bestimmung ist völkerrechtlich Unrecht, und andere Staaten sind nicht verbunden, sie sich gefallen zu lassen. Das ist genau so wie im internationalen Privat- und Strafrecht.

Indes bestehen insofern weitgreifende Unterschiede zwischen dem internationalen Privat- und dem internationalen Verwaltungsrechte, als 1. in einem Prozesse über Privatrechte der Regel nach zu entscheiden ist, was bereits Recht ist, nicht was Recht sein soll, während im Verwaltungsverfahren sehr häufig gerade die letztere Entscheidung gegeben werden muß. Während so das internationale Privatrecht von selbst zu einem ausgedehnten Schutze sog. wohlerworbener Rechte und damit oft zu einem Standpunkte gelangt, welcher auf frühere in einem anderen Lande vorgekommene rechtliche Akte und Ereignisse Rücksicht zu nehmen hat, verhält sich dies im Verwaltungsrechte anders, und so entsteht der Schein, als ob man hier prinzipiell abweisend gegen auswärtiges Recht sich verhalte. 2. In privatrechtlichen Beziehungen können die beteiligten Personen in weitem Umfange einem bestimmten Gesetze ausdrücklich oder stillschweigend sich unterwerfen, das für den urteilenden Richter ein ausländisches ist. Im Gebiete des Verwaltungsrechts gilt dies nicht; das Verwaltungsrecht ist Ius publicum (Ordre public). 3. In den meisten privatrechtlichen Streitfällen kann der Prozeß bei dem Gerichte eines Staates anhängig gemacht werden, dessen Gesetz materiell keineswegs über das in Frage stehende Rechtsverhältnis entscheidet. Über öffentliches Recht dagegen kann nur die Behörde desjenigen Staates entscheiden, in dessen unmittelbarer Machtsphäre das Recht ausgeübt wird oder ausgeübt werden soll. Öffentliches (Verwaltungs- oder Staats-) Recht eines anderen Staates kann daher bei einer inländischen verwaltungsrechtlichen Entscheidung (oder Verwaltungsmaßregel) nur als Vorfrage, nicht aber als unmittelbar maßgebende Norm in Betracht kommen (z. B. bei inländischer Besteuerung, wenn das inländische Gesetz auf eine Besteuerung in dem Falle verzichtet, daß jemand der gleichen Steuer im Auslande unterworfen sei). 4. Wenn vielfach Urteile auswärtiger Zivilgerichte anerkannt oder sogar vollstreckt werden, während dies bei verwaltungsrechtlichen Entscheidungen des Auslandes nicht der Fall ist, so beruht dies darauf, daß das Verwaltungsrecht Einrichtungen betrifft, deren Zweckmäßigkeit oder Gerechtigkeit einer sehr verschiedenen Beurteilung unterliegen kann; hängen sie doch nicht selten auch von den in einzelnen Staaten herrschenden politischen Anschauungen ab.

Daher wird in der Anwendung seines Verwaltungsrechtes auf Ausländer und mit dem Auslande zusammenhängende Verhältnisse jeder Staat regelmäßig ausschließlich nach seinem Ermessen handeln und entscheiden. Aber er muß ebenso wie im Privatrechte die Grenzen, welche das Völkerrecht seiner Zuständigkeit zieht, beobachten, und daher kann man auch sagen, ebenso wie das internationale Privatrecht stellt das internationale Verwaltungsrecht die Zuständigkeitsnormen für das Verwaltungsrecht und die Entscheidungen und Maßregeln der einzelnen Staaten in internationaler Beziehung fest. Abgesehen von Bestimmungen internationaler Staatsverträge, kommen dabei freilich völkerrechtliche Schranken wenig in Betracht. Sie bestehen nur darin, daß ein Staat über Handlungen und Handlungsweise von Ausländern im Auslande und über öffentliche Rechte, die im Auslande ausgeübt werden, Verfügungen und Entscheidungen nicht treffen kann. Innerhalb dieser Schranken entscheidet jeder Staat nach seinem Ermessen, der Gesetzgeber nach freiem Ermessen, eine einzelne Behörde (ein Verwaltungsgericht) nach der Ratio legis des einzelnen in Betracht kommenden Gesetzes, im Prinzip ebenso wie im internationalen Privatrechte, aber in der Ausführung vielfach anders. Denn während selbst Zweckmäßigkeitsgründe[1] im Privatrechte, weil hier die Grundlagen der Gesetzgebungen, die Zwecke, die sie in den einzelnen Rechtsinstitutionen erreichen wollen, in den Kulturstaaten häufig nicht oder doch in den Hauptpunkten nicht differieren und für verschieden im einzelnen ausgestaltete Gesetzgebungen doch die gleiche Selbstbeschränkung oder die gleiche, auch tatsächlich durchzusetzende Erstreckung in den unmittelbaren Machtbereich anderer Staaten zum Ergebnis haben, können im internationalen Ver-

[1] Im Familienrecht gilt aus beiden Gründen das Personalstatut.

waltungsrechte oft die verschiedensten Zweckmäßigkeitsgründe, auch mit Rücksicht auf Größe und geographische Lage, Bevölkerungszahl und andererseits Zahl und Beschäftigung, präsumtive Dauer des Aufenthalts der in Betracht kommenden Ausländer usw., die Entscheidung maßgebend beeinflussen[1]. Es ist danach zwar nicht ausgeschlossen, daß ein allgemeines internationales Verwaltungsrecht sich bilde, und für Einzelfragen (z. B. für einzelne Fragen der Besteuerung, wie für den Satz, daß Einkommen aus Grundbesitz nur in dem Staate versteuert wird, wo der Grundbesitz belegen ist)[2], mag solches allgemeines internationales Verwaltungsrecht schon in der Bildung begriffen sein[3], und für einzelne Fragen wird, wie bemerkt, sogar behauptet werden können, daß vernünftigerweise in allen Kulturstaaten eine und dieselbe Entscheidung gegeben werden müsse. Aber in der Hauptsache wird für absehbare Zeit das internationale Verwaltungsrecht nur als Recht jedes einzelnen Staates behandelt werden, das Recht anderer Staaten nur als vergleichendes, die Rechtsdeduktion unterstützendes Moment herangezogen werden können[4], und zugleich wird erklärlich, wie zurzeit, soweit besondere gesetzliche Bestimmungen über internationale Beziehungen fehlen, die Entscheidungen der Behörden und Gerichte leicht durchaus verschieden ausfallen. Auch kann zwar aus den angegebenen Gründen nur selten in Verwaltungssachen eine internationale Rechtshilfe stattfinden, und wird de lege lata solche Rechtshilfe meist abgelehnt werden müssen, wenngleich (freilich ist O. Mayer anderer Ansicht) dieselbe nicht prinzipiell und durchaus ausgeschlossen ist.

Gewisse Verwaltungszweige, wie Post-, Telegraphen-, Eisenbahnwesen, haben übrigens schon ihres Zweckes wegen in einzelnen Beziehungen ein internationales Verwaltungsrecht entwickelt, und es gibt auch internationale Verwaltungskommissionen, bestehend aus Delegierten verschiedener Staaten und mit selbständigen Verwaltungsbefugnissen (wie die Donaukommission). Herkömmlich erörtert man diese Einrichtungen als dem Völkerrechte angehörende, während es auch nicht ausgeschlossen ist, die Frage, ob ein Ausländer das Recht habe, Gewerbe zu betreiben, im internationalen Privatrechte als Bestandteil der Lehre von der Rechtsfähigkeit der Ausländer zu behandeln.

[1] Zum Beispiel die Beantwortung der Frage, ob Kinder von Ausländern, die sich längere Zeit in unserem Staate aufhalten, der Schulpflicht unterworfen sind.

[2] In einzelnen Beziehungen werden Zweckmäßigkeitsgründe überall, wenn nicht unvernünftige oder undurchführbare Maßregeln die Folge sein sollen, überall dieselbe Entscheidung herbeiführen. Zum Beispiel wird man Ausländern nicht den Gebrauch der ihnen von fremden Staaten verliehenen Ehrenzeichen verbieten oder dafür die Erwirkung einer besonderen Erlaubnis fordern wollen.

[3] Die Auffassungen differieren aber für viele politische Rechte noch stark. Der damalige Staatssekretär des Innern erachtete bei den Verhandlungen über das Reichsvereinsgesetz von 1908 das Recht, an Versammlungen teilzunehmen, für ein besonderes Recht der Inländer, während in England und Nordamerika man jenes Recht für ein allgemeines Menschenrecht halten dürfte. Aus solcher verschiedenen Auffassung ergibt sich eine verschiedene Beantwortung der Frage, ob das Ermessen der Polizei, Ausländer an der Teilnahme von politischen Versammlungen zu hindern, rechtlich schrankenlos ist.

[4] Daher verbietet sich in einer enzyklopädischen, kurz zu haltenden Darstellung ein genaueres Eingehen auf internationale Verwaltungsrechtsfragen.

4.

Außerdeutsche Privatrechtsordnungen.

a)

Überblick über das englische Privatrecht.

Von

Professor Dr. Ernst Heymann,
Geh. Justizrat,
Berlin.

Inhaltsübersicht.

Das Privatrecht Englands, durch seine Verwendung in den englischen Kolonien und in den Vereinigten Staaten Amerikas über die ganze zivilisierte Erde verbreitet, verdient nicht nur als praktisches Weltrecht die Beachtung aller Kulturvölker, sondern es liegt uns Deutschen wegen seines durchaus germanischen Charakters besonders nahe; seine Entfaltung durch eine seit Jahrhunderten tätige schöpferische Judikatur liefert — trotz des barocken Aussehens mancher Institute — einen glänzenden Beweis für die Feinheit, die praktische Verwendbarkeit und die Entwicklungsfähigkeit der germanischen Rechtsgedanken; die bedeutende Erscheinung des englischen Rechts vermag darum auch die Geschichte unseres eigenen Rechts zu beleuchten und dessen moderne Fortentwicklung zu befruchten. Während auf deutscher Seite namentlich Biener, Phillips, Güterbock, Schmid, Liebermann und ganz besonders Brunner die englische Rechtsgeschichte gefördert haben, Gneist das englische öffentliche Recht durchforscht hat, Rüttimann, Schuster und Campbell auf dem Gebiete des Zivilprozesses, Schuster auf dem des Strafrechts, Späing auf dem des Handelsrechts uns die Kenntnis des englischen Rechts systematisch vermittelt haben, fehlt es noch — trotz der belehrenden Erörterungen Kohlers, G. Hartmanns, E. Schusters, F. Böhms, Biermanns, Wertheims u. a. zu einzelnen Punkten — an einer wissenschaftlichen systematischen Darstellung des englischen Privatrechts; auch Gundermanns mit großer Liebe begonnenes Werk ist mit dem Tode des Verfassers kurz abgebrochen worden. Das nachfolgende kurze System kann und will diese Lücke nicht ausfüllen. Es soll im Anschluß an frühere Vorlesungen — dem Plane des Gesamtwerks entsprechend — nur der ersten systematischen Orientierung dienen und die wichtigsten Vergleichspunkte in dem Aufbau des englischen und unseres Rechts durch möglichsten Anschluß der Darstellung an das deutsche System hervorheben; vielleicht vermag sie auch hier und da das Verständnis für die Dringlichkeit einer Pflege des englisch-amerikanischen Rechts in Deutschland zu steigern.

Fr. A. Biener, Das englische Geschworenengericht, 1852 ff.; Phillips, Englische Reichs- und Rechtsgeschichte (bis 1189), 1828; C. Güterbock, Henricus de Bracton und sein Verhältnis zum röm. Recht, 1862, englisch von B. Coxe, 1866; R. Schmid, Die Gesetze der Angelsachsen, 1858 [2]; H. Brunner, Überblick über die Geschichte der französischen, normannischen und englischen Rechtsquellen, in Holtzendorffs Encyklopädie 1890 [5], englisch von W. Hastie, The sources of the law of England, mit bibliographischem Anhange, 1888, erweitert als Geschichte der englischen Rechtsquellen 1909 und englisch übersetzt von Freund in Sel. Ess. II S. 7 ff.; Brunner, Die Entstehung der Schwurgerichte, 1871; Brunner, Forschungen zur Geschichte des deutschen und französischen Rechts, 1894; Brunner, Zur Rechtsgeschichte der röm. u. germ. Urkunde, 1880 und sonst; Gneists Werke s. u. zu § 1; Rüttimann, Der englische Civilprozeß, 1851; E. Schuster, Die Bürgerliche Rechtspflege in England, 1887; Campbell bei Leske-Löwenfeld, Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr, 1895; E. Schuster, Das Strafrecht Großbritanniens, 1894; Beling, Z. f. die ges. Strafrechtsw. 26 S. 711; Weidlich, Engl. Strafprozeßpraxis 1906; Aschrott, Strafensystem und Gefängniswesen in England 1887, Ergz. 1896, Liepmann und Mannhardt, Summarisches Verfahren, 1908; W. Seelmann, Die Londoner Polizeigerichte, 1912 (auch Mitt. Int. Krim. Ver. XIX H. 1). Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Berlin, Liebmann 1908 ff. W. Späing, Französisches und englisches Handelsrecht, 1888; Späing, Französisches, belgisches und englisches Wechselrecht, 1890; fortlaufende Übersichten und gelegentliche Mitteilungen zum englischen Handelsrecht in Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht von F. Mittermaier, Cruesemann, Keyßner, Späing, Wittmaack, Rathenau usw.; C. J. Mittermaier, Das englische, schottische und nordamerikanische Strafverfahren, 1851.

[796][1] J. Gundermann, Englisches Privatrecht, I. Teil: Die Common Law, Besitz und Eigentum in England, 1864; Ph. Solly, Grundsätze des englischen Rechts über Grund-

[1] Die Seitenzahlen der vorigen Auflage der Encyklopädie sind in eckigen Klammern *[Kursiv]* beigefügt. — Eine erweiterte Darstellung des englischen Privatrechts befindet sich in Vorbereitung.

besitz, Erbfolge und Güterrecht der Ehegatten, 1853; Sir Fr. Pollock, Das Recht des Grundbesitzes in England, übersetzt von E. Schuster, 1889; W. Blackstones Handbuch des englischen Rechts im Auszuge von Gifford, übersetzt von Colditz, 1822; E. Lehr, Eléments de droit civil anglais 1885, mit Appendice von Jacques Dumas 1899, 1906 [2]; Glasson, Histoire du droit d'Angleterre I—VI, 1882 ff.; eine Reihe von Artikeln über privatrechtliche Gegenstände in K. Wertheims Wörterbuch des englischen Rechts 1899 (dazu E. Schuster, Z. f. Civ. Pr. 28 S 523 ff., ferner Heymann, Sav. Z. 21 S. 330 f.). Angaben über die zur weiteren Orientierung dienliche englische und amerikanische Literatur, insbesondere die Werke von Blackstone, Stephen, Kent-Holmes, die Rechtslexika und die Entscheidungssammlungen, unten § 2 und § 10; die unter den einzelnen Abschnitten angeführte ausländische monographische Literatur war mir zum großen Teil in Deutschland unzugänglich und nur zu flüchtiger Durchsicht in der mir 1899 und 1912 gütigst geöffneten Bibliothek von Lincolns Inn zu London sowie in der Bibliothek des British Museum teilweise erreichbar[2].

Zeitschriften: Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes (Mittermaier, Zachariae, Mohl, Warnkönig), Heidelberg 1829—56; Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft (Bernhöft, Cohn, Kohler), 1878 ff.; Annuaire de Législation étrangère, 1872 ff.; Jahrbuch der internationalen Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft, 1895 ff.; Z. f. intern. Priv. und öff. Recht seit 1891 (Böhm, Niemeyer); Archiv f. Bürgerl. Recht (Kohler, Ring, Oertmann); Jahrbuch für internationalen Rechtsverkehr seit 1912; Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart usw. Über die englischen Zeitschriften s. u. § 2. — Fr. Meili, Institutionen der vergleichenden Rechtswissenschaft, 1898.

Seit Erscheinen der ersten Auflage dieses Überblicks (1904) ist die Zahl der deutschen Schriften über englisches Privatrecht erfreulich gewachsen, insbesondere sei hier genannt: Edward Jenks, Selbaert, Lee, Holdsworth, Miles, Das Bürgerliche Recht Englands mit Kommentar von G. Schirrmeister bzw. W. Prochownick I, 1, 1906, I, 2, 1910; II, 1 1912; II, 2, 1913 (bisher allgemeiner Teil und die allgemeinen Lehren des Obligationsrechts sowie besondere Obligationen bis § 572), vgl. dazu E. Heymann, Jur. Litt. Bl. 1907 S. 99 ff.; O. W. Holmes, Das gemeine Recht Englands und Nordamerikas, übersetzt von Rudolf Leonhard, 1912; H. D. Hazeltine, Geschichte des englischen Pfandrechts (mit allgemeiner Einleitung) in Gierke, Untersuchungen 1907 (Nr. 92); dazu E. Heymann, Z. der Sav.-Stiftung germ. Abt. 1909 S. 493 ff., Haff Kr. V., 49 S. 300; S. Goldschmidt, Ph. Baty, N. W. Sibley, Englisches Handels-, Prozeß- und Konkursrecht in Borchardt-Kohler, Handelsgesetze des Erdballes XI, 1, 1909; Mendelssohn-Bartoldy, Das Imperium des Richters, 1908, dazu Koschaker bei Grünhut 36 S. 553 ff; manches für das Privatrecht Wichtige auch bei Hatschek, Englisches Staatsrecht I, 1905; II, 1906; dem deutschen System sucht sich jetzt anzunähern R. Campbell, Principles of english law, 1907, und besonders ist hier zu nennen Ernst Schuster, Principles of german civil law, 1907, welcher das deutsche Recht dem englischen Juristen nahebringt. Einzelschriften sind an ihrem Ort zitiert. Fortlaufend bringen einzelne Mitteilungen über englisch-amerikanische Judikatur die Blätter für vgl. Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre, hrsg. von Felix Meyer seit 1906 (Organ der internationalen Vereinigung für vgl. Rechtswissenschaft zu Berlin).

Über Gerichtsverfassung und Prozeß Englands wurde durch die Schrift von Fr. Adickes, Grundlinien einer durchgreifenden Justizreform 1906 eine umfangreiche Literatur ausgelöst, aus der zu nennen ist: Hamm, DJZ. 06, 1051 ff.; Fischer, daselbst 1074; Inhülsen, Pr. Jahrb. 06, 425 ff.; Hirschfeld, Pr. Jahrb. 06, 449 ff.; W. Peters, Engl. Bürgerliches Streitverfahren 1908, J. Gerland, Englische Gerichtsverfassung 1910; Lewinski bei Gruchot 51 S. 1 ff. (1907), wo weitere Literatur; Weidlich, Z. f. ges. Strafr. 30 (1909/10) S. 654 ff. Vgl. auch E. Schuster, Die Vereinfachung des Rechtshülfeverkehrs zwischen England und Deutschland, Z. f. C. Pr. 43 (1913) S. 285 ff.

§ 1. Die Rechtsentwicklung im allgemeinen.

Die englische Rechtsentwicklung unterscheidet sich von der kontinentalen hauptsächlich durch den erfolgreichen Widerstand des englischen Rechts gegen römische Einflüsse, durch die eigenartige Mischung seiner Grundgedanken aus Elementen verschiedener germanischer Stammes-

[2] Sir Frederik Pollock und Dr. Ernst Schuster danke ich herzlichst für die freundliche Vermittlung des Zutritts zu Lincolns Inn. — Die stärkere Berücksichtigung der englischen Literatur und Quellen, namentlich der Entscheidungen in den deutschen Bibliotheken, ist dringend erforderlich; eine Umfrage nach den wichtigsten Werken mit gütiger Unterstützung des Auskunftsbureaus deutscher Bibliotheken ergab ein unerfreuliches Resultat, das in gar keinem Verhältnis zu den großartigen Aufwendungen steht, die sonst für die einzelnen Zweige der Wissenschaften gemacht werden. Es ist vorläufig innerhalb Deutschlands immer noch unmöglich, sich quellenmäßig (d. h. unter Verwendung aller Originalentscheidungen) über die praktischen Fragen des englischen Privatrechts erschöpfend zu informieren! Und das angesichts unseres Handels mit den Ländern eng-

rechte sowie durch die seit der Eroberung ununterbrochene Fortbildung des Rechtszustandes in zahllosen Statuten und besonders in der Praxis eines früh erscheinenden Juristenstandes. Diese Entwicklung des Inselrechts wurde zunächst getragen von dem lange Zeit stark bleibenden Eroberungskönigtum, dem die geschäftskundigen Beamten der Schatzkammer und das gelehrte Königsgericht zur Seite standen, und neben dem früh im Parlament der höhere Adel und bald auch die Gemeinen verständnisvoll an der Zentralverwaltung teilnahmen; seit Ausgang des 17. Jahrhunderts waren Parlament und korporativ geschlossener Juristenstand stark genug, um die Fortbildung des Rechts — oft genug im Klasseninteresse — allein weiterzuführen, unterstützt durch das Andauern des alten Gegensatzes von starrem gemeinem Recht und schmiegsamer equity des Kanzleigerichts.

1. Das Staatswesen der alten Angelsachsen und der normannische Lehnsstaat des Eroberers sind die Wurzeln des englischen Rechtslebens. Die angelsächsischen Staaten, seit Anfang des 9. Jahrhunderts zum Königreich Anglia vereinigt, zeigen den frühgermanischen Rechtszustand, modifiziert durch die besonderen Verhältnisse einer kriegerischen Kolonisation: an der Spitze der König, das Volk gegliedert in die herrschenden eorls und die dienenden ceorls, erstere wieder in Großthane, Grafschaftsthane und Gemeinfreie; der eroberte Boden teils als folkland in Gemeinnutzung, teils im Privateigentum als vererbliches, aber nicht veräußerliches erfland oder als frei veräußerliches bocland (von boc, Veräußerungsurkunde); frühes Entstehen eines Großgrundbesitzes und infolgedessen Ausbildung einer weitverbreiteten dinglichen Landleiheform, des laén; besonders seit Alfred dem Großen treten die Großgrundbesitzer zum König in ein Gefolgeverhältnis, während die allgemeine Wehrpflicht verfällt; dementsprechend üben die Großgrundbesitzer auch fast allein den Gerichtsdienst im Grafschaftsgericht unter dem königlichen ealdorman und im Hundertschaftsgericht unter dem shiregerêfa, dem Schultheiß; die Kirche lehnt sich eng an den Staat und die staatlichen Gliederungen an; Prälaten und Thane bilden als meliores terrae allmählich die an Stelle der alten Landesversammlungen tretenden witenagemôtes, Versammlungen der witan, bald beratend, bald beschließend neben dem König.

2. *[797]* Demgegenüber stellt sich seit 1066 der normannische Lehnsstaat als Militärdiktatur dar: das gesamte Land wird als „Rebellen"gut teils den normannischen Großen und Kriegern zu Lehen gegeben, teils einzelnen Angelsachsen gnadenweise belassen (sog. redemption), was man später ebenfalls als Belehnung aufgefaßt hat, so daß seither in England alles Land als Lehen der Krone erscheint; die Kronvasallen (tenentes in capite) und die Untervasallen (subtenentes) sind jetzt die Großen des Reichs; sie leisten sämtlich dem König den Treueid und bilden mit ihren Kontingenten den Kern des Heeres, in welchem neben den Vasallen die liberi homines kraft der allgemeinen Wehrpflicht dienen; die Hoftage der Vasallen treten an Stelle der alten Witenagemôtes, repräsentieren nach wie vor den Großgrundbesitz, sind aber wesentlich Feste; der König regiert absolut durch seine vicecomites, die — dem alten shiregerêfa entsprechend — an Stelle der ealdermen als absetzbare Vögte den Grafschaften vorstehen, ferner durch seine Zentralbehörden normannischer Herkunft: den exchequer als Finanzbehörde, und die allmählich zum zentralen Königsgericht, bancum regis, zusammengeschlossenen Richter (iustitiarii), welche seit Heinrich I. in den 1179 geschaffenen Reisebezirken (circuits) — die Grafschaftsgerichte zurückdrängend — unter Zuziehung vereideter Gemeindekommissionen (recognitiones iuratae) in Zivil- und Strafsachen Recht sprechen. Die englische Grundherrschaft (manerium, manor) wird voll ausgebildet. (Über diese und das Ständewesen: V i n o g r a d o f f, English Society in the 11 century 1908, und dazu v. S ch w e r i n, Sav. Z. germ. 29 S. 454.)

3. Auf diesen Grundlagen baut sich seit Beginn des 13. Jahrhunderts der mächtige englische Ständestaat auf. Die entscheidende Entwicklung beginnt mit der Magna Charta 1215 und ist in den Grundzügen unter der Regierung Edwards I., des „englischen Justinian" (1272 bis 1307, vgl. E d w. J e n k s, Sel. Ess. I S. 139), zum Abschluß gekommen: neben dem

lischen Rechts! — Meine Feststellungen werden nachträglich bestätigt durch den soeben beim Druck dieser Arbeit erscheinenden verdienstvollen Katalog: Internationales und ausländisches Recht, Gesamtkatalog von 30 Berliner Bibliotheken, aus Mitteln von E. S i m o n, hsg. von der J. V. f. vgl. R. W. (v. R a t h) 1914 S. 729 ff.

König steht das Parlament (parliamentum), bestehend aus dem Oberhaus, magnum concilium, das seit Edward I. als Versammlung der Prälaten und angesehenen Barone periodisch berufen wird, und aus dem Unterhaus, dem house of commons (d. s. 2 Ritter für jede Grafschaft, 2 Bürger für jede berufene Stadt), dessen Steuerbewilligungsrecht ebenso wie das des Oberhauses durch die Charte von Gent 1297 endgültig anerkannt wird; das Oberhaus hat zudem bei der Gesetzgebung mitzuwirken, ist höchstes Gericht und höchstes Beratungsorgan für die Verwaltung; das Unterhaus beteiligt sich zunächst an den sonstigen Staatsgeschäften nur durch Petitionen, Anträge und besonders durch Anklagen (impeachments); seit Richard II. ist aber die Mitwirkung auch des Unterhauses zum Erlaß eines Gesetzes (statutum) erforderlich. Soweit nicht Abänderung des bestehenden Rechts in Betracht kommt, kann der König durch Verordnungen (ordinances, proclamations) allein Recht setzen. Dem König steht seit Edward I. ständig ein Staatsrat (continual council, später privy council genannt) zur Seite, zusammengesetzt aus hohen Beamten und Reichsrittern, als oberste Verwaltungsbehörde unter Vorsitz des Königs selbst; seit 1487 ist ein Ausschuß des privy council mit Jurisdiktion in Strafsachen betraut (Star Chambre). Daneben besteht der exchequer fort, ebenso das Reichsgericht. Dieses zerfällt in den court of kings bench, das eigentliche Hofgericht, den hiervon abgesonderten court of common pleas für die Zivilprozesse, insbesondere Immobiliarprozesse, der Privaten und den court of exchequer, das alte Finanzgericht; die Richter sind rechtsgelehrte Berufsbeamte und fungieren zugleich als Reiserichter bei den Assisen der Grafschaften. Allmählich beginnt neben diesem eigentlichen Reichsgericht die Billigkeitsjurisdiktion des königlichen Kanzleigerichts, der chancery, ihren Einfluß zu üben. Im übrigen wird für Grafschaften und Städte das Selfgovernment durchgeführt mittels Geschworenenkollegien, Einschätzungskommissionen und Friedensrichterkommissionen (letztere seit 1360 dauernd aus einem Lord, 3 oder 4 Respektablen und einigen Juristen bestehend, die einzeln die Polizei verwalten, als Strafgericht aber in Quartalssitzungen zusammentreten). Das Städtewesen ist seit Edward I. abgeschlossen; die Einwirkung der Zentralgewalt auf die Städte ist dabei stärker als auf dem Kontinent. Das Königtum fördert Handel und Industrie. Zur Zeit Edwards I. wird durch die Act of Acton Burnell 1283 und das Statute of Merchants 1285 das kaufmännische Kreditrecht verschärft, und es beginnt gleichzeitig die Entwicklung des Stapelrechts gewisser Städte, abgeschlossen unter Edward III. durch das Statute of the Staple von 1352. Parallel mit dem Steigen der Städte zerfällt die Grundherrschaft, und man geht seit Ende des 14. Jahrhunderts zur heutigen Verpachtung in kleinen Parzellen um Geldzins über. Die Kirche, deren geistliche Gerichtsbarkeit schon seit dem Eroberer staatlich anerkannt und von der weltlichen scharf gesondert wird, strebt in dieser Periode nach immer größerer Unabhängigkeit vom Staate; indessen vollzieht sich diese Entwicklung, deren Keime im 11. und 12. Jahrhundert liegen (vgl. H. Böhmer, Staat und Kirche in England 1899), dem Staate gegenüber nicht so radikal wie auf dem Kontinent; die niedere Geistlichkeit schließt sich von dem Unterhause aus, und der Klerus tritt in besonderen Synoden, „Konvokationen", zusammen; anderseits sucht man durch strenge Strafvorschriften (praemunire), seit Edward III. den Übergriffen der kirchlichen Gewalt in Staatsangelegenheiten vorzubeugen; durch die Reformation wird die Kirche dann aber völlig dem Staate unterworfen, der König tritt an die Spitze der *[798]* Kirche, neben ihn der High Commission Court als oberste Kirchenbehörde, unter ihm die Erzbischöfe, Bischöfe und Pfarrer (act of supremacy, act of uniformity 1558); die geistliche Gerichtsbarkeit bleibt in weitem Umfange erhalten. Das Kirchspiel (parish) wird seit Heinrich VIII. Lokalgemeinde und Träger der Armen- und Wegelast.

4. Das Streben der Stuarts nach absolutistischer Königsmacht führt zum Zusammenbruch des Königtums, und nach Abschluß der Revolutionszeit (1688, declaration of rights 1689) wird die parlamentarische Regierung der gentry aufgerichtet. Diese besteht aus den reichen Gutsbesitzern und den Honoratioren der Städte; das Oberhaus erscheint als eine „von wechselndem Wahleinfluß unabhängige Ehrenrepräsentation der gentry" (Gneist). Durch einen hohen Zensus sind der gentry die Sitze des Unterhauses sowie die Stellen des Offizierkorps und der Ehrenbeamten, insbesondere der Friedensrichter, reserviert. Der König handelt nur noch als king in Parliament oder als king in Council, d. h. er bedarf für alle Regierungsakte entweder der Zustimmung des Parlaments (und zwar nicht nur für Rechtsnormsetzung und Budget, sondern auch für alle Dispensationen und Suspensionen, private acts) oder (so

besonders für die Ausübung des sehr zusammengeschmolzenen Verordnungsrechts) der Mitwirkung des Privy Council, das sich seit Anfang des 18. Jahrhunderts nur noch als verstärktes Kabinett darstellt: das Kabinett aber besteht mit steigender Notwendigkeit aus den Führern der Unterhausmajorität. Die Kirche wird allmählich diesem System eingefügt; die hohe Geistlichkeit sitzt im Oberhause, die Konvokationen werden seit 1717 beseitigt, das Patronat und die Tätigkeit der Geistlichen in den Selbstverwaltungskörpern verbindet Klerus und gentry, die Testakte von 1673 macht die Bekleidung aller öffentlichen Stellen vom anglikanischen Bekenntnis abhängig, die parish ist zugleich unterster Verwaltungsbezirk. Das Verwaltungsrecht wird allmählich durch Rechtsnormen geregelt, eine Verwaltungsgerichtsbarkeit entwickelt sich; die Gerichtsbarkeit in Zivil- und Strafsachen bewegt sich in den althergebrachten Organisationsformen; die Reichsrichter werden (tatsächlich) lebenslänglich ernannt.

5. Dieser dem kontinentalen in vielen Punkten vorausgeeilte Rechtszustand ermöglichte England einen verhältnismäßig ruhigen Übergang in die veränderte wirtschaftliche Lage des 19. Jahrhunderts. Man beließ es bei der parlamentarischen Regierung. Doch war diese am Anfang des 19. Jahrhunderts lediglich oligarchisch; eine kleine Anzahl von aristokratischen und bürgerlich-patrizischen Familien hielten die Parlamentswahlen in der Hand, man bestach die Wahlkörper, namentlich die kleinen zurückgebliebenen Ortschaften (rotten boroughs), während die großen Städte oft nicht vertreten waren. Die Pächter und die Industriearbeiter waren verelendet und politisch entrechtet, die Korporationsbildung für sie so gut wie abgeschnitten. Demgegenüber regten sich die vom Naturrecht geförderten, schon von Blackstone vertretenen und jetzt von der klassischen Nationalökonomie (A. Smith) und namentlich von der Rechtsphilosophie (Jeremias Bentham, Fragment of Government 1776, Legislation 1802) im Anschluß an die englischen Empiriker (Hume) verfochtenen freiheitlichen Ideen, die schon während des 18. Jahrhunderts, aber nur zugunsten der herrschenden Klassen (in der Entwicklung des Handels- und Obligationenrechts, im Recht des Trusts, des Patent- und Markenrechts usw.) die Entfesselung des Individuums mächtig gefördert hatten. Die immer stärker werdende agrarische und Arbeiterbewegung suchte diese Gedanken zu verwirklichen; die irische Frage erwies sich dauernd als wichtiger Faktor der Entwicklung. So kam es im Laufe des 19. Jahrhunderts zur schrittweise vorrückenden Demokratisierung der Verfassungszustandes. Der Einfluß der gentry wurde durch die Reformgesetzgebung von 1832, 1867, 1884/85 immer mehr zurückgedrängt. Die Union mit (Schottland) und Irland führte (1828) zur Aufhebung der Testakte und schließlich zur Anerkennung und Gleichberechtigung der Konfessionen; das Prinzip des Zensus für die Wählbarkeit fällt; andererseits wird 1884/85 nach verschiedenen Vorstadien das aktive Wahlrecht von den Kommunalverbänden losgelöst, und die Wahlbezirke werden lediglich nach der Bevölkerungsziffer abgegrenzt, während die Durchführung des householder-Wahlrechts das im ganzen noch auf den Besitzverhältnissen basierte Wahlsystem einem allgemeinen Wahlrecht annäherte; immerhin ist das Wahlrecht noch an Hausbesitz oder an Innehabung einer selbständigen Wohnung von mindestens 200 Mark Mietswert geknüpft (householder und lodger franchise); auch wählen die Universitäten 9 sowie die City von London 2 Abgeordnete. Neben die alten zentralen, im Kabinett vertretenen Ämter (insbesondere First Lord of the Treasury, Lord Chancellor, Chancellor of the Exchequer, Lord President of the Privy Council, Postmaster General, die Staatssekretäre für Home Affaires, d. i. das alte Polizeiministerium, für Auswärtiges, Kolonien, Indien, Krieg, der First Lord of the Admiralty) sind allmählich die drei wichtigen Ämter des Board of Trade, Board of Agriculture und Local Government Board (Ministerium des Innern) mit immer stärkerer Betonung der positiven Fürsorge getreten. Entsprechend hat man die Lokalverwaltung umgestaltet. An Stelle der alten Verwaltung der Grafschaften durch Lordleutnant, Sheriff, Coroner und vor allem durch die Friedensrichter, die sämtlich nur (meist unbesoldete) Vertreter des ländlichen und städtischen Grundbesitzes darstellten, ist jetzt (County Council Electors Act 1888) die Verwaltung der Grafschaft durch gewählte Grafschaftsräte und deren Kommissionen durchgeführt; entsprechend ist in der unteren Instanz die Verwaltung von den Kirchspielen allmählich in den Städten auf die gewählten town councils übergegangen (Municipal Corporation Act 1835, 1876, 1882); auf dem Lande hat man zunächst eine größere Anzahl von parishs zu unions für die Armenpflege verbunden, als deren Organ ein Board of Guardians fungiert; daneben errichtete man eine

ganze Reihe anderer boards (Highway, Conservancy, Health, Improvment, Baths and Wash-houses, Sanitary, Burial, School), von denen aber die meisten schließlich wieder aufgingen in den County Councils (1888), den District und Parish Councils (1894), derart, daß mit den Rural und Urban Districts eine Zwischenstufe zwischen Grafschaft und (städtischem wie ländlichem) Kirchspiel geschaffen wurde. Die Verwaltung von London wird, abgesehen von der mittelalterlich innungsmäßig verwalteten City, durch ein London County Council mit 28 untergeordneten Borough Councils geführt. Die Oberaufsicht über alle diese Organe des selfgovernment führt der zentrale Local Government Board mit einem Präsidenten an der Spitze. So wird die gesamte untere Verwaltung von kollegialen, durch die wirtschaftlich selbständigen Bürger gewählte Kommissionen geführt; tatsächlich liegt die Verwaltung und auch die Verantwortlichkeit meist in den Händen der oft juristisch gebildeten Sekretäre dieser Kollegien. Diese Verwaltungsorganisation, deren Wert sehr strittig ist, paßt sich jedenfalls dem Grundgedanken des Unterhauswahlrechtes an und bedeutet den Übergang von der oligarchischen zur gemäßigt demokratischen Verwaltung, gemäßigt namentlich auch dadurch, daß gewöhnlich in den Councils ein Drittel der Mitglieder als aldermen durch die Mitglieder des councils, nicht durch die Wähler, und zwar auf längere Zeit, gewählt wird. Hand in Hand mit dieser Entwicklung geht die Entfaltung der Sozialgesetzgebung, die langsamer als im Deutschen Reiche zustande gekommen ist (vgl. unten § 7 Nr. 336).

Im 20. Jahrhundert ist die Betonung der demokratischen Elemente des Verfassungslebens im Steigen. Unter dem liberalen Ministerium Asquith ist durch die Parliament Act vom 18. August 1911 (1/2 Geo. V c. 13) die Gleichberechtigung des Oberhauses aufgehoben worden: wenn eine public bill im Unterhause in drei aufeinanderfolgenden Sessionen angenommen und jedesmal mindestens einen Monat vor Schluß der Session dem Oberhaus vorgelegt und von diesem immer wieder abgelehnt ist, so wird die bill vom König als Gesetz verkündet, falls zwischen der zweiten Lesung des Unterhauses in der ersten Session und der Annahme durch das Unterhaus in dritter Session wenigstens zwei Jahre liegen; bei sog. moneybills tritt die gleiche Wirkung schon ein, wenn die bill, im Unterhause angenommen, mindestens einen Monat vor Sessionsschluß dem Oberhause vorgelegt und nicht innerhalb eines Monats von diesem angenommen ist. Im letzten Fall hat also das Oberhaus nicht einmal mehr ein suspensives Veto. Gleichzeitig sind Diäten für die Unterhausmitglieder eingeführt worden. Die Verleihung des Stimmrechts an jeden 21 Jahre alten Engländer ist in Vorbereitung, ebenso die Beseitigung des (namentlich bei Grundbesitz in mehreren Wahlbezirken möglichen) mehrfachen Wahlrechts sowie die Verleihung des Wahlrechts an die Frauen; und in engem Zusammenhange mit alledem sollen die Iren, welche die liberale Politik unterstützen, home rule (angenommen im Unterhaus, abgelehnt aber bisher im Oberhaus) erhalten. Auch falls die liberale Majorität nicht von Dauer ist, wird voraussichtlich mancher von diesen Wünschen erfüllt werden; sie kennzeichnen die Tendenz der neuesten Entwicklung.

Rudolf Gneist, Englische Verfassungsgeschichte, Berlin 1882; derselbe, Das englische Verwaltungsrecht der Gegenwart, 1883; derselbe, Die Entwicklung der englischen Parlamentsverfassung in Holtzendorffs Encyklopädie 1890; K. Maurer, Kritische Überschau I—III. De Franqueville, Le Gouvernement Britanique 1887; H. Cox, Die Staatsrichtungen Englands, übersetzt von Kühne 1867; Redlich, Englische Lokalverwaltung, 1901 (vgl. Hatschek, Kr.V.Schr. 1902 S. 254 ff. und Redlich ,Grünhuts Z. 30 S. 559 ff.); Local Government in England 1904, Recht und Technik des englischen Parlamentarismus, 1905, Das Wesen der englischen Kommunalverfassung 1910. Hatschek, Englisches Staatsrecht 1905 und 1906 (s. o. S. 284); Hatschek, Englische Verfassungsgeschichte (v. Belows und Meinecke Hdb.) 1913, dazu E. Heymann, Sav. Z. 1913, 657 ff.; William Sharp Mac Kechnie, The new democracy and the constitution London 1912 und dazu F. Liebermann, DLZ. 34 S. 1461. E. v. Meier in Holtzendorff-Kohlers Encyklopädie 1904 II S. 712 f. S. Jäger, Das englische Recht zur Zeit der klassischen Nationalökonomie, 1900, und dazu E. Heymann in Schmollers Jahrb. für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft 1911 S. 1487 ff. (451 ff.); Wendt, England, 1912[4]. — Fr. Pollock and Fr. W. Maitland, The History of English Law before the time of Edward I, 18895, dazu Brunner, Soz. Z. 17 S. 125 ff.; J. Reeves, History of the English Law 1.—4. Bd. 1818[3], 5. Bd. 1819 (1869) reicht bis einschließlich Elisabeth; S. Crabb, History of english law 1829 (reicht bis Georg IV.); R. K. Wilson, History of Modern English Law 1875; W. S. Holdsworth, History of English Law Bd. I—III, 1903—1909; E. Jenks, A short History of English law 1912; Carter, History of English Legal Institutions 1910; E. Jenks, Law and Politics in the Middle Ages 1898; Select Essays in Anglo-American Legal History 3 Bde., Cambridge 1907—1909; Collected Papers of Fr. W. Maitland, ed. Fisher, 3 vol.

1911; A century of Law Reform 1901; G l a s s o n , Histoire de droit et des institutions politiques civiles et judiciaires de l'Angleterre 1882 ff., 6 Bde. Im übrigen ist auf die Literatur in H. B r u n n e r , Geschichte der englischen Rechtsquellen, 1909, zu verweisen. — Zur alten Terminologie vgl. noch B e t t s , Glossary of ancient words 1907.

§ 2. Das Privatrecht und seine Quellen.

1. *[799]* Das Privatrecht entwickelte sich in England unter dem Schutze der englischen Verfassungszustände weit ruhiger als in Deutschland. Das rein germanische, nur hier und da von kanonischen Bestimmungen beeinflußte angelsächsische Recht entspricht dem Privatrecht der kontinentalen Volksrechte; es ist in den Gesetzen der angelsächsischen Könige unter Zuziehung der sog. witan aufgezeichnet worden, und diese Gesetze sind teils aus den Einzelreichen (altkentische Gesetze seit ca. 601—4, Ines von Wessex Gesetze 688—695), teils aus der Zeit des geeinten Reichs von Alfred (871—901) bis auf Knut (1016—1035) erhalten (Ancient Laws and Institutes of England, Rec. Com., 1840; R. S c h m i d , Die Gesetze der Angelsachsen, 1858 [2]; und die jetzt allein maßgebliche Ausgabe von F. L i e b e r m a n n , Die Gesetze der Angelsachsen (Savigny-Stiftung) 1898 ff.; S t u b b s , Select charters, 1881); weitere Erkenntnisquellen sind die zahlreich erhaltenen Urkunden (K e m b l e , Codex Diplomaticus aevi Saxonici, 1839—46; B i r c h , Cartularium Saxonicum, 1885/7) und eine Reihe von Privatarbeiten, nach der Eroberung in Reaktion gegen das eindringende normannische Recht, zum Teil zum Gebrauch der Kronjuristen verfaßt, insbesondere der Quadripartitus von ca. 1115, eine Übersetzung der Knutschen Gesetze ins Lateinische (L i e b e r m a n n , Quad. 1892; vgl. auch L i e b e r m a n n , Consiliatio Cnuti, 1893; R o s e n v i n g e , Instituta Cnuti, Havn. 1826), und wohl vom gleichen Verfasser die sog. Leges Henrici primi (L i e b e r m a n n , 1901), eine Aufzeichnung angelsächsischer Gewohnheiten, ferner die sog. Leges Edwardi Confessoris und schließlich die gefälschten Constitutiones Cnuti de foresta (Ausgaben sämtlich bei L i e b e r m a n n). Weitere Angaben bei B r u n n e r , Geschichte der englischen Rechtsquellen, S. 4—19.

Das eindringende fränkisch-normannische Recht, vom angelsächsischen besonders durch sein Lehnswesen und seine Gerichtseinrichtungen verschieden, sollte zunächst nur für die normannischen Eroberer gelten, während den Angelsachsen ihr altes Recht verbleiben sollte. Indessen, das Recht der Normannen als der herrschenden Klasse wog immer mehr vor, und es bildete sich durch Verschmelzung und Fortbildung der beiden Elemente in der Hand des Königstums unter maßgebendem Einfluß des normannischen Rechts allmählich ein neues Recht; seither ist in England das „Recht der Großen das Recht des ganzen Volks".

Die wichtigste Rolle spielten bei dieser Entwicklung das Königsgericht und der schnell entstehende Juristenstand. Seit Heinrich I. (1100—1135) erscheint am Königshofe ein Kollegium von geschäftserfahrenen Klerikern und Laien, das sich unter Heinrich II. (1154 bis 1189) zu einem ständigen Gerichtshofe berufsmäßiger Richter — an der Spitze ein capitalis Iustitiarius Angliae — ausgewachsen hat; die Richter gewinnen in England schon früh die Rolle der Urteiler; im Anschluß an die fränkische, durch die Normannen nach England gebrachte Inquisitio bildet sich das englische Geschworenenverfahren („the glory of the english law"), das in seiner schließlichen Ausgestaltung die Rechtsfragen (matter of law) durch den Richter, die Tatfragen (matter of fact) durch die Geschworenen entscheiden läßt. Dazu tritt die Ausbildung einer berufsmäßigen Anwaltschaft (B r u n n e r , Forsch. S. 389 ff.), die bereits vor dem Ausgange des 13. Jahrhunderts besteht: zur Zeit Edwards I. (1272—1307) erscheinen nebeneinander der Stand der attornati, attorneys, gewerbsmäßiger Vertreter (der heutigen solicitors) und der Stand der advocati, pleaders, der plädierenden, neben der Partei stehenden Rechtskundigen (der heutigen barristers). Endlich werden aus den Reihen der pleaders seit Edward I. auch die Richter entnommen, und es erscheinen demgemäß Kleriker unter den den Richtern immer seltener. Alles dies erklärt das frühe Aufkommen einer juristischen Behandlung des einheimischen englischen Rechtsstoffs unter Ablehnung einer (seit Lanfranc, dem Berater Wilhelm des Eroberers, und Vacarius, ca. 1150, sich vorbereitenden, durch das romanistische Rechtsstudium zu Oxford im 12. und 13. Jahrhundert geförderten) Rezeption römischer und zumeist auch kanonischer Sätze. Wenn die englischen Großen zu Merton 1236

gegenüber dem römisch-kanonischen Recht erklären konnten: „ . . . quod nolunt leges Angliae mutare, quae hucusque usitatae sunt et approbatae“, so war das wohl zum guten Teil schon ein Verdienst dieser Juristen, die durch ihre ganze Ausbildung früh dem Königtum gegenüber selbständig und dem fremden Rechte abgeneigt sein mußten. Schon zu Edwards I. Zeit finden sich beim Königsgericht apprentices, Rechtsbeflissene, welche von den Advokaten praktisch unterrichtet *[800]* werden, und der Zusammenhang mit den klerikal gefärbten Universitäten ist schon damals zerschnitten, zumal bereits seit Johann und Heinrich III. dem Königsgericht in Westminster bei London ein fester Sitz angewiesen war und die Advokaten sich seither zwischen London und Westminster fest angesiedelt hatten, auch bald die noch heute bestehende Korporationsverfassung nach dem Vorbilde der Universitäten annahmen. Entsprechend dem geringen Zusammenhange mit den übrigen Wissenschaften und mit den fremden Rechten trägt diese Jurisprudenz einen sehr selbständigen Charakter und erhebt sich dabei infolge der großen Bedeutung des Königsgerichts und einzelner seiner Richter früh zu einer von den gleichzeitigen kontinentalen Juristen kaum irgendwo erreichten Höhe. In diesen Rechtskundigen darf man nicht nur die Mitverfasser der zahlreichen, das Recht fortbildenden Statuten sehen, sondern die Besten von ihnen sind vor allem die Urheber der damals bereits beginnenden schöpferischen Präjudizien; sie fassen auch die Prozeßformulare, die Writs, ab, und in ihren Reihen bildete sich die Kunst des recording, der amtlichen Protokollierungen der Gerichtsakte, als deren Ergebnisse uns zahlreiche, zum Teil noch ungedruckte Records (rotuli placitorum, vgl. u. S. 292) und Fines (finales concordiae, Vergleiche und Scheinprozesse) enthalten sind. Juristen waren die Verfasser der Reports, der seit Edwards I. Zeit ununterbrochen fortlaufenden Entscheidungssammlungen (von Edward II. bis Heinrich VIII. von besoldeten Reporters verfaßt, sog. Yearbooks); endlich gingen aus den Reihen dieser Juristen auch die bedeutenden, auf die Präjudizien des Königsgerichts gestützten Rechtsbücher hervor, vor allem: Glanvillas Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Angliae (zwischen 1187 und 1189 entstanden); Henrici de Bracton (richtig Bratton, Richter unter Heinrich III.) De legibus et consuetudinibus Angliae (in der Hauptsache vor 1259 vollendet, Ed. 1569 und 1640, Ed. Twiss 1818), das bedeutendste dieser Werke und äußerlich an Azos Summa zum Codex angelehnt, sachlich aber, wie das von Vinogradoff aufgefundene Note Book Bractons zeigt, auf heimischem Recht aufgebaut; ferner die sog. Fleta seu commentarius iuris Anglicani (ca. 1290 entstanden), auf Bracton beruhend; Britton, Die Vorarbeit für eine Kodifikation des englischen Rechts unter Edward I., in französischer Sprache; endlich unter Edward II. (1307—1327) der Mirrour aux justices. (Näheres und Ausgaben bei Brunner, Enzykl. 339 ff., jetzt Geschichte der Rechtsquellen S. 19 ff., 36 ff.; vgl. Güterbock, Bracton passim).

2. Seither bewegt sich die Fortbildung des Rechts und insbesondere des Privatrechts in den gleichen Formen durch die Jahrhunderte fort. Dabei zerfällt der gesamte Rechtsstoff in statute law, Gesetzesrecht, und common law, Gewohnheitsrecht (ein Gegensatz, der zu unterscheiden ist von dem weiter unten zu besprechenden der common law im Sinne des gemeinen Rechts zur equity, dem Billigkeitsrecht).

a) Die Reihe der Statuten (constitutiones, assissae, seit Heinrich III. provisiones, seit Edward I. allgemein statuta) läuft — im Gegensatz zu der Jahrhunderte hindurch geringen Bedeutung der Reichsgesetzgebung in Deutschland — ununterbrochen weiter; sie bilden aber das Recht immer nur in Einzelpunkten fort; zu einer Kodifikation ist es niemals gekommen; erst in neuester Zeit ist mehrfach eine Zusammenfassung einzelner Materien erfolgt. Die Gesetze vor 1236 (Statut von Merton aus dem 20. Regierungsjahre Heinrichs III.) werden zur common law gerechnet (als Constitutiones, Assissae oder Charters); von da ab bis 1327, dem Regierungsantritt Edwards III., bezeichnet man die Statuten als statuta vetera, seither als statuta nova, weil man fälschlich annimmt, daß seit 1327 die Grundsätze über das Zustandekommen des Statuts feststünden. Seit Edward III. erscheinen neben den Statuten die Ordinances, meist unter Mitwirkung der Richter in die statute rolls aufgenommene Rechtssatzungen, deren sachliche Abgrenzung vom Statut bestritten ist. Die Statuten wurden als Reichsabschied immer für eine Parlamentssession zusammengefaßt und die einzelnen Akts wurden als Kapitel bezeichnet; man zitiert demgemäß die Statuten nach dem Könige und

dessen Regierungsjahr. so daß 32. Henr. VIII. c. 38 das 38. Kapitel der Parlamentssession des 32. Regierungsjahres Heinrichs VIII., d. i. 1540, bedeutet. Dabei werden wegen der Revolutionsperiode von 1649—1660 die Regierungsjahre Karls II. von 1649 an gezählt. Seit Edward I. wird neben der lateinischen die französische Gesetzessprache häufiger; seit Heinrich VII. sind die Statuten in englischer Sprache abgefaßt. Die Statuten von 1236 an sind enthalten in: The Statutes of the Realm . . . from the earliest times to the end of the reign of queen Anna. 1811—1822. *[801]* Wegen der Ausgaben der älteren Statuten vgl. Brunner, Enzykl. S. 336.

b) Für das Gewohnheitsrecht kommt als wichtigste Erkenntnisquelle die Praxis der Gerichte in Betracht; in der Gerichtspraxis findet die eigentliche Fortentwicklung des englischen Privatrechts statt; erst im 19. Jahrhundert gewinnt für deren Richtung die Statutargesetzgebung neben der Judikatur entscheidende Bedeutung. Neben den drei alten Gerichtshöfen der common law (im Sinne des gemeinen Rechts): Kingsbench, Common-Pleas und Exchequer, deren Mitglieder als Reiserichter auch den Assisen in der Grafschaft vorsitzen, erscheint eine Reihe besonderer Gerichte; abgesehen von einigen später unpraktisch gewordenen oder fortgefallenen Gerichten, wie dem court of the Steward and Marshal und dem court of chivalry ist hier besonders auf das Kanzleigericht, das Admiralitätsgericht und die geistlichen Gerichte hinzuweisen. Der court of Admiralty stammt aus der Zeit der Plantagenets (besteht 1357, erst seit Anfang des 16. Jahrhunderts voll entwickelt) und ist das Gericht des Lord High Admiral und seiner Beamten in seerechtlichen Sachen (Ansprüche, die auf hoher See entstanden sind); er urteilte nach den Gesetzen von Oleron, dem Seerecht von Wisby, von Amalfi und den sonstigen alten Seerechtsbräuchen und griff daneben auf das römische Recht zurück. Die geistliche Gerichtsbarkeit hat seit der Eroberung große Bedeutung nicht nur in eigentlich geistlichen, Benefizial- und Strafsachen, sondern vor allem auch in Ehe- und Testamentssachen; sie wurde geübt von den erzbischöflichen Provinzialgerichten und den bischöflichen Diözesangerichten (die wieder in Konsistorialgerichte und Gerichte der Archidiakonen zerfallen); erst 1857 wurde die erbrechtliche Gerichtsbarkeit auf den weltlichen Court of Probate, die Ehegerichtsbarkeit auf den weltlichen Court for Divorce and Matrimonial causes, zwei Reichsgerichte, übertragen, nachdem der Einfluß des kirchlichen Rechts auf Erbrecht und Eherecht sich Jahrhunderte hindurch geäußert hatte. Von größter Tragweite für die englische Rechtsentwicklung endlich ist das Kanzlergericht, Court of Chancery: seit Edward III. ist eine Billigkeitsjurisdiktion des vorher nur als Kanzleivorsteher und Großsiegelbewahrer tätigen Kanzlers und seiner Beamten nachweisbar; sie bleibt unter vielfach wiederholtem Widerspruch der Stände bestehen und wird 1393 und 1452 auch in Statuten anerkannt. Anknüpfend an die Vorbereitung der ordentlichen Prozesse durch die aus der Kanzlei stammenden königlichen writs hat die Kanzlei ihre konkurrierende Gerichtsbarkeit neben den ordentlichen Gerichten zunächst ziemlich willkürlich geübt, bis sich, besonders seit dem 17. Jahrhundert (Sir Heneage Finch), auch auf dem Gebiete des allmählich entfalteten Billigkeitsrechts, der Equity, feste Grundsätze bildeten und man auch hier ganz nach Art der common law-Gerichte in steter Rücksicht auf die Präjudizien die Rechtssätze ganz allmählich fortzubilden begann. So unterschied sich die Kanzlergerichtsbarkeit von der gemeinrechtlichen schließlich nicht mehr nur durch die Methode der Rechtsanwendung, sondern durch die Anerkennung einer Reihe von Rechtssätzen des ius honorarium, welche von den common law-Gerichten verworfen wurden (vgl. jetzt Hazeltine, Pfandrecht S. 28 ff.). Insbesondere bestand nicht nur ein dem kanonischen angelehntes besonderes Prozeßrecht für das Kanzleigericht (vgl. Kohler, Beiträge zum Zivilprozeß, 1894, S. 584 ff.), sondern es werden hier die das ganze Recht durchziehenden Institute der trusts und uses anerkannt, die Grundstücksverpfändungsform des equitable mortgage und in neuester Zeit das Urheberrecht geschaffen, es wird die zwanzigjährige Auslösungsfrist des Verfallpfandes (legal mortgage) anerkannt, der Gedanke der Zession durchgeführt und schließlich neben der Schadensersatzklage wegen Nichterfüllung eines Vertrages auch die Klage auf specific performance, Naturalerfüllung gewährt, welche die gemeinrechtlichen Gerichtshöfe versagten. Ebenso wie das Admiralitätsgericht und die geistlichen Gerichte hat das Kanzlergericht infolge der in früheren Jahrhunderten regelmäßigen Besetzung mit Klerikern dem fremden Rechte einen gewissen Einfluß eingeräumt im Gegensatz zu ihrer

schroffen Ablehnung durch die common law-Gerichte. Aber das Wesen der Equity im Gegensatz zur common law wird durch diese Beobachtung keineswegs hinreichend charakterisiert: fast alle die eben erwähnten Billigkeitsrechtssätze beruhen auf germanischen Grundgedanken — das gilt vor allem von den trusts und uses, durch die das Equity-System groß geworden ist —, das fremde Recht hat nur einen modifizierenden Einfluß geübt. Der entscheidende Gegensatz ist vielmehr der von Volksrecht *[802]* und Amtsrecht; er erscheint in Deutschland im Frühmittelalter ebenso, lebt aber in England, nachdem die königlichen common law-Gerichte vollständig an Stelle der alten Volksgerichte getreten sind, mit der Entstehung der Kanzlergerichtsbarkeit wieder auf und hat bei der Zähigkeit englischer Rechtsentwicklung durch die Jahrhunderte sich erhalten und zu einem ganzen amtsrechtlichen Rechtssysteme geführt, dem viele Fortschritte des englischen Rechts, insbesondere ein großer Teil seiner Anpassungsfähigkeit an neu auftauchende Tatbestände, zu danken sind. Namentlich seit der Kanzlerschaft des Lord Nottingham (1673—1682) sind die Sätze der equity zu einem abgeschlossenen Ganzen zusammengefaßt worden und bilden seither ein besonderes System (vgl. Heymann, Trustee und Trustenkompany 1910, S. 24 ff.).

Im einzelnen sind die Ergebnisse der Judikatur hauptsächlich in drei Formen überliefert: die Writs (brevia), Formulare für die von der Kanzlei redigierten königlichen Mandate (vgl. unten § 4), wurden unter Edward III. in der Old Natura brevium gesammelt, dann 1531 in dem Registrum brevium omnium tam originalium quam iudicialium offiziell zusammengestellt, aus dem die New Natura brevium von A. Fitzherbert 1534 [1], 1794 [9] ausgezogen ist. Die Records sind amtliche Spruchregister ohne Gründe; sie sind nur für die ältere Zeit gedruckt (vgl. Brunner, Enzykl. S. 338, Rechtsquellen S. 29 ff., 50 ff. und Gerichtszeugnis 149 ff.). Die Reports, Entscheidungssammlungen unter eingehender Wiedergabe der Gründe, wurden seit Aufhören der amtlichen Berichterstattung von den hervorragendsten Juristen eifrig gepflegt (der angesehenste Reporter ist Eduard Coke, dessen Reports ohne Autornennung zitiert werden; andere Reporter sind Hobart, Yelverton, Saunders, Vaughan, Levinz usw.); die Hunderte von Report-Werken bilden die Grundlage und den Ausgangspunkt aller juristischen Arbeit in England (eine chronologische Liste der Reports findet sich z. B. bei Renton, Encyclopaedia of the Laws of England vol. I pag. XVII, eine alphabetische und chronologische bei Cane, Tables alph. and chron. of all Report, 1895; Sweet and Maxwell, Lawyers Reference Book 1907, ferner bei Kempin, Rechtsquellen der Vereinigten Staaten S. 12 ff.; vgl. ferner die Notizen bei Brunner, Enzykl. S. 343, Rechtsquellen S. 35 ff., 51 ff.

c) Die juristische Literatur steht an Bedeutung für die Fortbildung des Rechts weit hinter der Judikatur zurück. Nach der Periode der bereits erwähnten Rechtsbücher tritt zuerst John Fortescue mit seiner wahrscheinlich 1473 entstandenen Schrift De laudibus legum Angliae hervor, welche die Vorzüge des englischen Rechts vor dem römischen Recht hervorhebt und sich gegen das römische Recht richtete. Von berühmten Namen sind sodann besonders hervorzuheben Littleton (gest. 1481), dessen Tenures das klassische Werk für das Immobiliarsachenrecht geworden ist, und der angesehenste englische Jurist Edward Coke (gest. 1634), der große Kämpfer für die Parlamentsrechte und gegen die Bestrebungen der Tudors auf Einführung des römischen Rechts, neben dessen bereits erwähnten Reports seine Institutes of the laws of England (1628 [1]) zu nennen sind, deren ersten Teil ein Kommentar zu Littletons Tenures bildet. In der Zeit, als die kontinentalen Staaten zu ihren Kodifikationen schritten, schuf dann Sir William Backstone (1723—1780) in seinen Commentaries on the laws of England (1765, hier zitiert nach der Ausgabe von Stewart 1854 [23]), das noch heute maßgebende System des englischen Rechts; in vier Teilen werden die Rights of Person, Rights of Things (einschließlich der Vertragsobligationen und des Erbrechts), die Private Wrongs und die Public Wrongs (Kriminalrecht) behandelt. „Die Klarheit und Durchsichtigkeit der Darstellung, die wissenschaftliche Gründlichkeit des Verfassers, das Fernhalten aller schwerfälligen Gelehrsamkeit und die geistige Beherrschung des umfangreichen Stoffes haben dem Werke einen Weltruf verschafft" (Brunner l. c.); noch heute beruht das Rechtsstudium in England auf diesem rechtsphilosophisch durch Montesquieu beeinflußten Werke, das in Stephen, News Commentaries on the laws of England, partly founded on Blackstone 1908 [15] (ed. Jenks), dem jetzt geltenden Rechte angepaßt ist.

3. Das 19. Jahrhundert mit seinen tiefgreifenden Veränderungen der wirtschaftlichen Lage bewirkte auch für die Privatrechtsentwicklung einen allmählichen, aber fühlbaren Wandel. Die Statutargesetzgebung trat neben der Judikatur, die nicht immer schnell genug den veränderten Bedürfnissen zu dienen vermochte, als gleich starker Faktor der Rechtsbildung hervor; obwohl die namentlich von J. Bentham geforderte (Legislation 1802, De la Codification 1811) Kodifikation des englischen Rechts trotz wiederholter Anläufe (namentlich der Lordkanzler Brougham 1833, Cranworth 1852, Westbury 1866, sowie James Fitz, James Stephens 1870) am Zustande des englischen Rechts, seiner Wissenschaft und der freien Stellung der Richter scheiterte (vgl. Hatschek I § 30, 31), erhielt doch eine Reihe von Einzelmaterien eine kodifikationsähnliche Zusammenfassung (Consolidation, nicht Codification). Zugleich wurde, besonders seit 1861, eine Ausscheidung der veralteten Statuten vorgenommen, und die noch geltenden wurden zum Teil neu redigiert; das Ergebnis dieser Arbeit ist: Second (die erste von 1870—78, Lord Chancellor Cairns) revised Edition of the Statutes, prepared under the direction of the Statutes law Committee (20 Bände), 1888—1909; seit 1887 erscheint eine amtliche Ausgabe der Statuten für jedes Jahr. Für den praktischen Gebrauch sind die noch geltenden Statuten, alphabetisch nach Materien geordnet in Chitty-Lely, The statutes of practical utility, London 1894 [5] [neue Auflage seit 1911], 13 Bände, mit Noten und Indices, dazu jährliche Ergänzung in Annual statutes of practical utility by Lely, von 1881 an). Verordnungen usw. finden sich in der Encyclopaedie of Forms and Precedents other than Court Forms 17 vols und Ergänzung, 1902—1910.

Anderseits *[803]* drängt der immer komplizierter werdende Rechtszustand zu einer Vereinheitlichung der nebeneinanderstehenden Gerichte und Rechtssysteme, insbesondere zur Verschmelzung des im großen Verkehr immer mehr bewährten Equity-Rechts mit der Common law. (Zur Gerichtsverfassung jetzt Gerland, Englische Gerichtsverfassung 1910; Weidlich, Englische Gerichtsverfassung, Z. f. die ges. Strafr.W. 30, 1909 S. 654.) Der entscheidende Schritt ist die große Justizreorganisation durch die Judicature-Act von 1873 und von 1875, 1877, 1879, 1881, 1889, 1894, 1902, 1910, 1913. Seither ist ein zentraler einheitlicher Gerichtshof für England, der High Court of Justice zu London, als Gericht erster Instanz geschaffen. Er zerfällt in Divisions: und zwar ist die Kings Bench Division eine Zusammenfassung der alten courts of Kings Bench, Common Pleas und Exchequer, während zugleich ein Richter dieser Division als High Court in Bankruptcy an Stelle der früheren Konkursgerichte sitzt; die Chancery Division entspricht dem alten High Court of Chancery; die Probate, Divorce and Admiralty Division hat die alten Courts of Admiralty, of Probate und for Divorce and Matrimonial Causes in sich aufgenommen; zugleich bilden die Gerichte der Commissioners of Assise, der Reiserichter für die Grafschaften, ebenfalls Glieder des High Court. Berufungsinstanz (Berufung etwas erleichtert 1899) für den High Court ist der Court of Appeal (zusammengesetzt aus dem Lord Chancellor, dem Lord Chief Justice of England — früher der Präsident der Kings Bench jetzt der Kings Bench Division —, dem Master of the Rolls, dem Präsidenten der Probate Division und fünf Lords Justices of Appeal); er und der High Court werden unter der Bezeichnung Supreme Court zusammengefaßt. Revisionsinstanz ist das House of Lords (in seinen rechtsgelehrten Mitgliedern) und für gewisse Sachen, besonders für die Kolonien, das Judicial Committee of the Privy Council. An Stelle des alten Untergerichts des Sheriff, das im Laufe der Jahrhunderte durch eine Menge sehr verschiedenartiger Bagatellgerichte ersetzt worden war, waren 1846 wieder für 60 Bezirke County Courts geschaffen worden, die besonders durch die County Courts Act von 1888 ausgestaltet wurden und als Bagatellgerichte erster Instanz (obligationen- und sachenrechtliche Ansprüche, deren Gegenstand £ 50, seit 1903 £ 100 nicht übersteigt), mit einem Richter besetzt, durch ihr einfaches, schleuniges und minder kostspieliges Verfahren auch den ärmeren und mittleren Klassen die jahrhundertelang fast entbehrte Möglichkeit der Prozeßführung wieder schafften.

Untrennbar mit dieser ganzen Gerichtsorganisation verbunden war die Zurückdrängung des Gegensatzes von Equity und Common law: Die Judicature Act von 1873 (36, 37 Vict. cap. 66) bestimmt, daß die bisher nur im Court of Chancery anerkannten Rechtsverhältnisse allgemein anerkannt werden sollen, gibt einer Reihe einzelner Rechtssätze des Equity-Rechts allgemeine Geltung und verordnet (s. 25 n. 11): Generally in all matters not hereinbefore parti-

cularly mentioned, in which there is any conflict or variance between the rules of equity and the rules of the common law with reference to the same matter, the rules of equity shall prevail. Der alte Gegensatz von common law und equity ist damit aber keineswegs aus der Welt geschafft. Die equity-Institute bilden — so sehr sich common law und equity im Laufe der Jahrhunderte gegenseitig beeinflußt haben — doch immer noch systematisch abgeschlossene Institute (wie trusts, equitable mortgage, specific performance, Patents, Designs, Trade Marks etc,); sie unterliegen noch immer besonderen Verfahrensformen, haben besondere Rechtsschutzmittel, und namentlich spielen bei ihrer Durchführung, Interpretation und Fortbildung die alten equity-Maximen (equity acts in personam; equity follows the common law, d. h. es ahmt durch Schaffung z. B. von equitable easements neben legal easements usw. die common law nach; ferner equity acts on the conscience usf.) eine erhebliche Rolle, geben ihnen immer noch ein besonderes Gepräge und erhalten auch durch das Nebeneinander der equity- und common law-Institute den alten Dualismus aufrecht (vgl. Heymann, Trustee und Trusteekompany S. 25 ff).

Die Judikatur des 19. Jahrhunderts ist außerordentlich reichhaltig und wertvoll; an Stelle der privaten Reports werden seit 1865 die Entscheidungen von dem Council of Law Reports einem Ausschuß der vier Juristeninnungen, herausgegeben (The Law Reports in all the Courts, published under the authority of the Incorporated Council of Law Reporting for England commencing Michaelmas Term 1865, gegen 300 Bände, Herausgeber Sir Fr. Pollock, assistent editor A. P. Store); die Sammlung zerfällt in Abteilungen für die einzelnen Gerichtshöfe bzw. Divisions: House of Lords, Privy Council, Chancery Appeals, Equity cases before the master of the rolls, Queens Bench, Common Pleas, Exchequer, Crown Cases, Admiralty, Probate and Divorce; seit 1875: Appeals before the House of Lords and Privy Council, Chancery Division, Queens Bench Division einschließlich der alten Common Pleas und Exchequer Division [1876—1880], Probate Division). Zur Ergänzung: the Weekly Notes (Pars I cases, pars II rules, ordres, cases, lists etc.), hsg. vom Council (Fr. Pollock). Die älteren Entscheidungen aus der Zeit von 1785 bis 1865 (Law and Equity) werden neu zusammengestellt in dem unter Leitung Sir Frederik Pollocks stehenden Werke: the Revised Reports, seit 1891 (1914 ist Band 142 erschienen); das Werk ersetzt bisher schon mehr als 700 Bände älterer Sammlungen. Neben diesen offiziellen Sammlungen erscheinen aber auch private Zusammenstellungen von Entscheidungen, besonders die Law Journal Reports (seit 1822), die Law Times Reports (seit 1859); eine Verarbeitung gibt J. Mews, The Digest of English Case Law, bis 1910, zirka 300 000 Fälle umfassend, 16 Bände, jährlich ergänzt durch J. Mews, The Annual Digest; J. W. Smith, Selection of leading cases, 1901 [11]; Withe and Tudors Leading Cases in Equity 1910 [8].

Die Literatur befaßt sich nach wie vor vielfach mit der Zusammenstellung der Judikatur und der Statuten; die Rechtslexika, Abridgements, Digests, spielen eine hervorragende Rolle (besonders Brown, New Law Dictionary, 1880 [2], Sweet, Dictionary of English Law 1882; Wharton, Law Lexikon 1911 [11]; Stroud, The Judicial Dictionary 1903; Tomlins, Law Dictionary 1835 [4]), ferner die Enzyklopädien (A. Wood Renton, Encyclopaedia of the Laws of England, 12 Bde. 1897/98; 15 Bde. 1906—1909 mit Supplementen; Halsbury, Laws of England 1907 ff.). Von systematischen Darstellungen steht der bereits erwähnte Stephen im Vordergrunde; daneben sind besonders zu nennen: W. Blake Odgers and Walter Blake Odgers (Broom), Common Law 1911; Thomas Brett, Commentaries 1891 [14], Jenks-Geldart-Lee-Holdsworth-Miles, Digest of English civil Law 1905 ff. (s. oben S. 284); ferner Campbell 1907, Indermaur 1909 Smith 1905. Daneben sind besonders beliebt die zusammenfassenden Bearbeitungen der einzelnen Materien. In neuerer Zeit strebt ein großer Teil der Schriftsteller mit schönem Erfolg die wissenschaftliche Durchdringung des Stoffs an und verläßt die alte rein kompilatorische Methode, die mit dem Präjudizienwesen zusammenhängt. Dies tritt namentlich in den Abhandlungen der führenden Zeitschriften hervor. Die Berücksichtigung der kontinentalen, insbesondere der deutschen Rechtwsissenschaft steigt, und der Fortschritt wird unterstützt durch die Arbeiten hervorragender englischer Juristen auf dem Gebiete der allgemeinen Rechtslehre, der sog. Jurisprudence (Austin, Bryce, Markby, Holland, Amos, Fr. Pollock,

Salmond usw.) sowie vor allem auf dem Gebiete der schon seit Selden († 1654, vgl. Hazeltine, Gierke-Festschrift S. 579 ff.) gepflegten, durch H. S. Maines historische Rechtsvergleichung neu belebten und besonders durch Maitlands großartige Lebensarbeit (vgl. Liebermann, Hist. Z. 107 S. 628 ff., Smith, Fr. W. Maitland 1908; L. Q. R. 1907, 137 ff., daselbst Brunner S. 142) geförderten englischen Rechtsgeschichte (Fr. Pollock, Bigelow, Stubbs, Vinogradoff, Holmes, Bryce, Ames, Scrutton, Holdsworth, Jenks, Underhill, Groß und andere).

Zeitschriften: Law Quarterly Review (ed. Sir Fr. Pollock) seit 1885; Law Magazine and Review, being the combined Law Magazine founded 1828 and the Law Review founded 1848, seit 1856; The Juridical Review seit 1889; Harvard Law Review (amerikanisch) seit 1887; Journal of the Society of comparative Legislation (ed. Madonell-Manson) seit 1896; Law Times seit 1843; Law Journal, seit 1866 (letztere beiden mit begleitender Entscheidungssammlung: Law Times Reports und Law Journal Reports); Solicitors Journal, etc. — Zur bibliographischen ersten Orientierung eignet sich der von der Buchhandlung Sweet and Maxwell herausgegebene Catalogue of Modern Law Books, Compiled by Harold Maxwell London 1895 mit Supplementen von 1899, 1901, 1902, 1906, 1908, 1912, 1914; ferner Maroin, Legal Bibliography 1847; Soule, Lawyers Reference Manual of Law books 1883; Severn, Catalogue of the Library of Grays Inn 1906; Catalogue of the Library of Lincolns Inn 1859, 90; Boase, Catalogue of the Law Society 1891; Anderson, Subject Catalogue of the Law Library in Marishal College (Aberdeen Studies 23) 1906; Jelf, Where to find your law 1907; Wallace, The reporters chronologically arranged 1855 ³ etc. Weitere bibliographische Werke im Katalog der Reichsgerichtsbibliothek.

Die *[804]* Ausbildung der Juristen liegt noch heute in den Händen der vier alten Inns of Court (Inner Temple, Middle Temple, Lincolns Inn, Grays Inn). Die Aufnahme als Student erfolgt bei Vorhandensein der nötigen allgemeinwissenschaftlichen Vorbildung durch den Vorstand (die Benchers) der einzelnen Innung auf Empfehlung zweier Barristers wesentlich nach freiem Ermessen; der gesellschaftliche Verkehr in der Innung (Diners während 12 Terms, d. s. Gerichtssitzungsperioden) ist grundsätzlich noch heute Voraussetzung für den Erwerb der Barrister-Würde; ein Ausschuß der vier Innungen, das Council of legal Education, leitet die gemeinschaftliche Innungsschule und sorgt für die Abhaltung des nicht allzu schweren Examens; nach Abschluß des Trienniums verleiht die Innung den Grad des Barrister ad law, welcher die Voraussetzung für die Erlangung aller juristischen Ämter bildet (Consolitaded Regulations of the several Societies of Lincolns Inn etc.); der gesamte Juristenstand geht somit aus der korporativ geschlossenen Anwaltschaft hervor, und in der praktischen Ausübung der Anwaltstätigkeit liegt der Schwerpunkt seiner Ausbildung. Der Einfluß der Universitäten und ihrer Rechtslehrer beginnt daneben zu wachsen, und den Universitätsstudierenden werden einige Erleichterungen für das gleichzeitige Studium an der Innungsschule gewährt. Die Ausbildung der Solicitors, der nichtplädierenden Parteivertreter, die ehedem eine rein handwerksmäßige war, ist heute derjenigen der Barristers in vielen Punkten angenähert, und die Scheidung zwischen den beiden (gesellschaftlich grundsätzlich gleichstehenden) Klassen ist nicht mehr so schroff wie früher; die Vereinigung der Solicitors, die Law Society (der aber nicht jeder Solicitor sich anzuschließen braucht), hat zahlreiche öffentliche Befugnisse, unterhält eine treffliche Rechtsschule, hält das Examen (Zwischenexamen und Endexamen) ab und befindet über die moralische Qualifikation der Anwärter.

Besonders seit der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts tritt eine Neigung zur Aufnahme römischer Rechtsgedanken in das englische Privatrecht hervor; ermöglicht wurde dies vor allem durch die Verschmelzung der Gerichtshöfe, welche den alten common law-Gerichten, der Seele des Widerstands gegen das römische Recht, ihre Selbständigkeit raubte; die romanisierende Rechtslehre, vielfach angelehnt an Savigny und die deutschen Romanisten der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts, kommt durch ihre Konstruktionen dem Bedürfnis und Begehren nach schneller Fortbildung des englischen Rechts bequem entgegen. Die hohe Achtung vor den alten Präjudizien, gestützt durch die aufblühende Wissenschaft der englischen Rechtsgeschichte, bildet aber noch einen Damm gegen übermäßige Romanisierung, die dem einsichtigen englischen Praktiker als Gefahr für die ruhmvolle Selbständigkeit des englischen Rechts erscheint.

Hierzu besonders H. Brunner, Rechtsquellen, bei Holtzendorff, l. c., und jetzt besonders Brunner, Geschichte der englischen Rechtsquellen 1909; ferner Gundermann S. 1—109, Güterbock, Bracton, Schuster, Rechtspflege l. c., Gerland l. c., Hatschek l. c., und die übrigen bereits angeführten Werke über Rechtsgeschichte und Gerichtswesen;

Blackstone, Commentaries, introd. s. 3; Stephen, Commentaries, introd. s. 3; Pollock and Maitland, I S. 1—204; Wertheim art. Law; Foss, The Judges of England, 1848—64; Foss, Biographia Juridica, 1870; Bl. vgl. RW. II, 443 (Baty) und VII, 255 (Happold); Bryce, Q. Rev. 1908 S. 9 ff.; E. Heymann, Geschäftsanwälte und Treuhandgesellschaften 1910. Kiep, Bl. vgl. R.W. 1913 S. 74. — Man pflegt noch immer die Institute der equity zusammenfassend zu behandeln; insbesondere sei hingewiesen auf das Buch des Amerikaners J. Story, Commentaries on equity jurisprudence as administered in England and America, 1870[10], englische Ausgabe von Grigsby, 1892[2]; ferner Spence, On equitable jurisdiction of Chancery, 1816—49; Jos. W. Smith, Manual of equity jurisprudence, 1900[15]; Strahan and Kenrick, Digest of Equity 1909[2]. — Über die Anfänge des normannischen Rechts v. Amira, Histor. Z. 39, 241 ff. und die Arbeiten von Perrot, Riese (vgl. Sav.Z. 31 S. 602, S. 500).

§ 3. Das objektive Recht.

Das *[805]* Recht ist statute law (Gesetzesrecht) oder common law (Gewohnheitsrecht). 1. Das Statut (Act of Parliament, Statute) kommt zustande durch den übereinstimmenden Willen des Königs, des Oberhauses und des Unterhauses; das Oberhaus hat seit 1911 nur noch ein suspensives Veto (s. oben S. 288); die königliche Zustimmung (assent, royal assent) ist seit 1707 nicht mehr verweigert worden und erfolgt persönlich, am Ende der Session, oder by commission, durch schriftlich ermächtigten Kommissar. Eine Promulgation ist nicht erforderlich; am Tage des assent wird die Akte Gesetz; der Geltungsbeginn fällt, wenn nicht besonders im Gesetze bestimmt, zusammen mit dem auf der Akte vermerkten Datum des assent (33 Geo. III c. 13). Eine verfassungsmäßige Publikation der Gesetze im kontinentalen Sinne besteht nicht; maßgeblich sind die zwei Originalurkunden des Statuts (eine im Record office, die andere im Parlament aufbewahrt) und die auf ihnen befindliche Authentikation des Clerks des Parlaments; für den Inhalt macht der Druck in der Gesetzsammlung (s. oben S. 293) jetzt aber den gleichen Beweis. Für die Auslegung einer Reihe von Ausdrücken der Gesetze sind wichtig die oft in den Gesetzen gegebenen Interpretationsanweisungen und besonders die Interpretations-Act von 1889 (52 and 53 Vict. c. 63); dort sind auch in s. 35 Bestimmungen über das Zitieren der Gesetze enthalten; danach ist die oben (§ 2) angegebene Methode des Zitierens nach Regierungsjahr und Kapitel oder aber der für das Gesetz bestehende short title zu wählen; solche short titles setzen die Short Titles Acts von 1892 (c. 10) und 1896 (c. 14) für viele ältere Gesetze fest; neuere legen sie sich gewöhnlich am Schluß selbst bei; dazu gibt es für ältere Gesetze zahlreiche „popular short titles" nach Sitzungsort (st. of Westminster, Gloucester), nach Gegenstand (Bill of Rights), nach Anfangsworten („Quia emptores"), nach dem Antragsteller (Michael Angelo Taylors Act). Werden mehrere Gesetze unter einem short title zusammengefaßt, so gelten sie als ein einheitliches Gesetz. Die Statuten sind entweder public Acts (und zwar „general", oder für bestimmte Bezirke, „local") oder aber — ohne ganz scharfe Scheidung — private Acts, d. h. auf einzelne Personen oder lokale Verhältnisse bezügliche Gesetze (für local private acts wird das Kapitel mit römischer Zahl bezeichnet, für die selteneren personal private acts mit schrägliegender arabischer Zahl; übrigens versteht man unter private acts oft nur solche, welche auf private bill ergehen, im Gegensatz zu den auf public Bill, d. h. auf einen im öffentlichen Interesse ergangenen Antrag, gesetzlich erteilte Privilegien). Eine große Rolle spielt die delegierte Gesetzgebungsbefugnis, nicht nur für die Kolonien, sondern auch als Delegation an einzelne Staatsorgane und Behörden, wie das privy council, die boards of health und education und vor allem die Reichsgerichte, welche ihre rules of procedure selbst aufstellen (Snow, Burney and Stringer, Annual Practice). Der englische Richter hat das Recht der Nachprüfung der Gesetzes (vgl. dazu Hatschek I S. 137) an sich nur nach der formellen Seite, und zwar nur in Ansehung der korrekten Authentikation. Doch meinte noch Blackstone, daß Gesetze nichtig seien, soweit sie zu „absurd consequences, manifestly contradictory to common reason" führen, was heute aber nur im Sinne „vernünftiger Auslegung" zu verstehen ist. Gegenüber den vielfach mangelhaft formulierten Statuten besteht aber eine größere Willkür als bei uns, wenngleich nicht eine so große wie in Amerika.

2. Das Gewohnheitsrecht (common law) ist entweder gemeines (general customs, common law im eigentlichen Sinne) oder sog. partikulares (particular customs). Für das gemeine Gewohnheitsrecht ist die hauptsächlichste Erkenntnisquelle die Judikatur; „the judges of the

land . . . are the depositaries of the laws; the living oracles, who must decide in all cases of doubt, and who are bound by an oath to decide according to the law of the land" (Blackstone). Die Präjudizien (precedents) sind — eine der wichtigsten Eigentümlichkeiten des englisch (-amerikanischen) Rechts — für die gleichgestellten und nachgeordneten Gerichte bindend. Der Satz ist für die common law-Gerichte (s. o. § 2) seit dem 14. Jahrhundert nachweisbar; im Laufe des 19. Jahrhunderts ist die bindende Kraft gleichmäßig für equity wie für common law anerkannt; dabei bindet sich heute der Court of Appeal an die Entscheidungen der alten common law-Gerichte, dagegen nicht absolut an die alten Kanzlerentscheidungen; der Court of Appeal und der High Court sind an die Entscheidungen der Reiserichter (sog. Nisi prius-rulings) nicht gebunden. Abweichungen sind überhaupt gestattet, soweit ein Präjudiz der „Vernunft oder der natürlichen Gerechtigkeit widerspricht" (Stephen; nach Blackstone: „der Vernunft oder klar dem divine law"); doch werden Präjudizien nur selten „overruled". Die Fortbildung des Rechts durch die Gerichte geschieht mit großer Vorsicht, vielfach im Wege sorgfältiger Analogie und unter Verwendung der „Natur der Sache"; es handelt sich keineswegs um eine unmethodische Jurisdiktion der Willkür. Altmodisch berührt das der kontinentalen Technik nicht mehr entsprechende häufige Auftauchen von Fiktionen. Eigentümlich ist ferner die Verwendung der sog. Maximen, Rechtssprüchwörter und Rechtsregeln, oft lateinisch und den Sätzen des römischen Rechts entnommen, oft im Munde geführt, aber mit großer Vorsicht verwendet; das System dieser Maximen ist vielfach ein System ihrer Ausnahmen (vgl. Broom, Legal Maximes 1911 [8]). Wenn der konstruktive Charakter der englischen Jurisprudenz zur Verwendung falscher Vorstellungen auch zu betonen ist (z. B. jetzt Prochownik, Bl. f. vgl. R.W. VII, 1901 S. 48 ff.), so darf man dabei doch das Rechtsschöpferische der Judikatur (vgl. jetzt Mendelssohn-Bartholdy, Das Imperium des Richters 1908) nicht unterschätzen (gegen Prochownik vgl. Mendelssohn-Bartholdy, Bl. f. vgl. R.W. l. c. S. 95 ff.); anderseits wider Gerland, Einwirkung des Richters auf die Rechtsentwicklung in England 1910 und gegen ihn Kohler, Z. f. vgl. R.W. 1912 S. 280; vgl. auch Kohler, Bl. f. vgl. R.W. II 1907 S. 300 ff., Heymann, Jhrb. f. Gsg. 1911 S. 1493). Neben der Judikatur verwendet man als Erkenntnismittel des gemeinen Gewohnheitsrechts auch die „Kommentare" der berühmten Juristen, insbesondere von Littleton, Coke und M. Hale. — Das sog. partikuläre Gewohnheitsrecht ist teils local custom, Observanz (Schulbeispiele sind: „gavelkind" in Kent, wonach die Grundstücke nicht an den ältesten Sohn, sondern an alle Söhne vererben, ferner „borough english", d. i. der Erbvorzug des jüngsten Sohnes), teils handelt es sich um Gewohnheitsrecht, das, besonders von einzelnen Spezialgerichtshöfen (geistliche Gerichte, Admiralty, Forest Courts) ausgebildet, für einzelne Personenklassen (personal custom) oder Materien gilt; hierher rechnete man vor *[806]* allem das Handelsrecht, solange und insoweit es sich von dem bürgerlichen Recht als selbständiges Rechtsgebiet abhob (vgl. unten Nr. 3). Für die particular customs hat sich eine eingehende Lehre — hier und da unter Verwendung kanonischer Gedanken — ausgebildet in enger Verknüpfung mit der Lehre von der Akquisitivverjährung, der prescription, die wieder teils auf den Verschweigungsgedanken, teils auf die unvordenkliche Zeit zurückführt. Danach muß die Gewohnheit seit Menschengedanken bestehen, d. h. nach alter common law seit 1189 (1 Richard I), doch wird das ausreichende Alter beim Bestehen durch 20 Jahre präsumiert (dazu die Prescription Act 2 und 3 Will. IV c. 71); sie muß ununterbrochen, unangefochten (peasible), bestimmt (oder doch bestimmbar) sein, es muß opinio necessitatis vorhanden sein (custom must be compulsory), und endlich darf die Gewohnheit nicht unvernünftig (not irreasonable sein), wofür eine sehr eingehende Judikatur (s. Renton, Encycl. s. v. custom, A. 4) existiert; wer sich auf particular custom stützt, muß die Gewohnheit beweisen (regelmäßig durch zwölf Geschworene für die City von London durch Zertifikat vom Lordmayor und Aldermen, erhält von deren recorder); partikulare Gewohnheiten, welche gemeinem Gewohnheitsrecht derogieren, sind strikt zu interpretieren; anderseits dringen sie gegenüber einem general statute überhaupt nicht durch, was seit dem Anschwellen des statute law die Gewohnheiten sehr eingeschränkt hat. Von den customs scheidet man heute scharf die usages, d. h. die Verkehrssitten, Usancen; über sie ist eine reiche, auch für uns beachtenswerte Judikatur vorhanden; sie brauchen natürlich „not ancient" zu sein, was insbesondere für die schnelle Fortentwicklung der Handelsgewohnheiten bedeutsam ist.

Blackstone, Com. intr. s. 3; Stephen, Com. intr. s. 3; Hardcastle (Craies), A treatise on . . . statutory law, 1911; Maxwell, The interpretation of statutes, 1912 [5]; art. custom und precedents bei Renton, Encykl.; Markby, Elements of Law, 1896, ch. 2; Fr. Pollock, A first book of jurisprudence, 1911 [3], ch. VI; Hatschek I S. 94—163.

3. Das Handelsrecht (merchant law, mercantile law). Ein besonderes Handelsrecht hat sich als Standesrecht in England früh entwickelt. Der mittelalterliche Verkehr führte zur Anwendung des damaligen, meist aus Südeuropa hervorgegangenen, stark germanisierten internationalen Handels- und besonders Seerechts, namentlich des rhodischen Rechts, der Consolats del Mar, des Rechts von Oleron (vgl. Studer, Oak Book of Southampton 1911, dazu Parow Hist. Z. 110, 620 ff.) und des hanseatischen Seerechts von Wisby, zu dem sich allmählich einzelne englische Normen, besonders das Statute of Merchants von 1285 und das Statute of Staple von 1352 (vgl. oben S. 286) gesellten. Dieses Recht wurde im Admiralitätsgericht (oben S. 291) geübt und beeinflußte auch die Praxis der alten Markt-(Gast-)Gerichte, der Courts Pepoudrous (piepoudre-Gerichte, welche de hora in horam richten), sowie der später durch das Statute of Staple entstehenden Stapelgerichte. Die zweite Etappe des Handelsrechts beginnt im 17. Jahrhundert (Coke Chief Justice 1606, J. Holt 1642) und ist charakterisiert durch die Verdrängung der Spezialgerichte zugunsten der Common-law-Gerichte (mit Ausnahme einer beschränkten Zuständigkeit des Admiralitätsgerichts); doch bleibt das Handelsrecht Standesrecht (Kläger oder Beklagter muß Kaufmann sein) und wird nicht als law, sondern als custom behandelt, so daß die kaufmännische Jury gleichzeitig über Tatsache und Rechtsregel befindet. Noch immer ist der Einfluß des kontinentalen Handelsrechts, namentlich der italienischen Jurisprudenz stark; es entsteht aber auch eine englische Handelsrechtsliteratur: B. Malynes, Consuetudo vel lex Mercatoria (1622) 1636, Molloy, De jure maritimo et navali or a treatise of affairs maritime and of commerce 1682, Marins, Advice 1651 etc. Seit ca. 1645 entwickelte sich der Wechsel im englischen Binnenverkehr, gleichzeitig begann das einheimische Bankwesen in den Händen der Goldschmiede sich zu entfalten, 1601 erging die erste englische Insurance Act (43 Elis. c. 12), im 17. Jahrhundert entwickelt sich die Frachtführerhaftung (Morse v. Slue 1672) und es liegen hier die Anfänge der Joint Stock Company. Die so angebahnte Entwicklung fand ihren Abschluß durch die Tätigkeit des Lord W. M. Mansfield (Chief Justice 1756—1788, gest. 1793); mit ihm (Trennung von Tat- und Rechtsfragen in Handelssachen) beginnt die dritte Periode des englischen Handelsrechts: es hört auf, Spezialrecht zu sein und geht im bürgerlichen Recht auf, das aber gleichzeitig den Bedürfnissen des Verkehrs unter starker Berücksichtigung der Usancen immer mehr angepaßt wird, so daß alles englische eigentliche Verkehrsrecht, namentlich das Obligationenrecht eher umgekehrt als Handelsrecht bezeichnet werden könnte. Das 19. Jahrhundert bringt dann neben einer wertvollen Judikatur (Lord Abbott, Tenterden, Lawrence, Willes) eine starke, dem Handel dienende Statutargesetzgebung, die das ältere Recht weiter ausbaut: Sale of goods, Carriers, Inkeepers, Bill of Exchange, Marine Insurance, Merchant Shipping, Bills of Lading, Partnership, Company, Bankruptcy Acts etc. Dabei ist das Handelsrecht, welches noch Lord Mansfield not the law of a particular country, but the law of all nations nannte und entsprechend unter Heranziehung ausländischer Quellen behandelte, mit der Aufnahme in das gemeine Recht stark nationalisiert worden. Wissenschaftlich wird es als besondere Materie behandelt.

Goldschmidt, Handbuch I [2] §§ 30 und 31; Güterbock, Z. f. Handelsrecht IV S. 13 ff.; Späing, Englisches Handelsrecht l. c.; Wertheim 341; J. W. Smith, Compendium of mercantile law, 1834 [1], 1905 [11] (Hart und Simey); Nixon and Holland, Commercial Law 1907; Stevens, Elements of mercantile law 1911 [5]; Slater, Principles of mercantile law 1903; Campbell, Principles of mercantile law 1904 [3]; Goldschmidt-Baty-Sibley, Handelsgesetze des Erdballes (oben S. 284); Scrutton, Jenks, Cranch, Vance, Beale, Willistone u. a. Sel. E. III, 7—236, Scrutton, Holdworth I, 208 ff., Mears II, 312 ff. The Commercial Law of Great Britain and Ireland von Fr. Pollock, The Baty, Austin, Brodie-Innes, Spencer, Bewes, Disney, Pease, Underhay, Langridge, Sibley, Bowstead, Byles, Mackinnon, Eames, Topham 1913; Rehme in Ehrenbergs Handbuch des Handelsrechts I S. 143 ff., 189 ff., 319 ff.

Zum internationalen Privatrecht: Dicey, Digest of the laws of England with reference to the conflict of Laws 1908 [2]; J. A. Foote, Treatise on International Jurisprudence based on the decisions of English courts 1904 [3]; J. Westlake, Treatise on Private International

Law 1912 [5]; Story (-Bigelow), Commentaries on the conflict of Laws 1884 [6]; v. Bar, Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts 1889, Lehrbuch 1892; Zitelmann, Intern. Privatrecht 1897 ff.; Störk, Literatur des internationalen Privatrechts 1894; Kahn, Dogm. Jahrb. 36, 40, 42, 43; K. Korsch, Z. f. int. R. 24, 2 S. 273 ff.

§ 4. Subjektives Recht und Rechtsschutz.

1. a) Die Lehre vom subjektiven Rechte (right and duty) wird im englischen Rechte, wenn man von den philosophischen Betrachtungen der allgemeinen Rechtslehre absieht, nicht im Zusammenhange behandelt. Praktisch kommt man mit der von Stephen seinem System zugrunde gelegten Gegenüberstellung von rights und wrongs aus, wobei man personal rights (d. s. r. of security, nämlich life, limbs, body, health, reputation, und r. of liberty), rights of property und rights of private relations (die Fälle der Munt) scheidet, denen man die public rights (öffentliches Recht) zur Seite stellt, während die wrongs in civil injuries, und crimes zerfallen. Abgesehen von den Grundsätzen über Rechtsfähigkeit (vgl. unten § 5) und über die Sachen als wichtigste Rechtsobjekte (vgl. unten § 6) finden sich die allgemeinen Grundsätze über die Entstehung der subjektiven Rechte häuptsächlich, aber nicht ausschließlich im Obligationenrecht, wo die unerlaubten Handlungen (torts) und vor allem unsere Lehre von den Rechtsgeschäften, diese beim contract, erörtert werden. Aus der Rechtsgeschäftslehre mag hier nur kurz auf zwei Punkte hingewiesen werden, die im englischen Privatrechtssystem keinen festen Platz haben: auf estoppel und condition.

α) Willenserklärungen können ausdrücklich oder durch konkludente Handlungen (conduct) abgegeben werden, doch bestehen seit alters vielfach bestimmte, im Sachen- und Obligationenrecht näher zu besprechende Formen, sämtlich germanischen Ursprungs. Für formale wie formlose Geschäfte (für letztere in der equity durchgesetzt) besteht nun in bestimmten Fällen der Satz, daß der Erklärende an seine einmal abgegebene Erklärung (oder Handlung) zugunsten Gutgläubiger gebunden ist, sich selbst nicht nachträglich widersprechen darf, selbst wenn seine Erklärung objektiv der Wahrheit nicht entsprach — er ist estopped, der Mund ist ihm gestopft, der Gegner hat das Verteidigungsmittel des estoppel. Schon Coke († 1633) teilte die Fälle ein in estoppel by record (Gerichtsprotokoll; da die sonstigen mittelalterlichen Fälle der Recordschuld fortgefallen sind, handelt es sich heute nur noch um den Rekord von Urteilen, so daß dieser Fall unserer Rechtskraftlehre entspricht), estoppel by deed (Erklärung in einer Urkunde) und estoppel in pais. Die acts in pais sind die alten offenkundigen Geschäfte der livery, entry, acceptance of rent, partition, acceptance of estate; sie sind heute ohne Bedeutung, durch die equity sind ihnen aber die sog. equitable estoppels gleichgestellt und zugerechnet worden, nämlich estoppel gegenüber dem Vertragsgegner auf Grund gewisser Verträge (landlord and tenant, bailor and bailee, Patentberechtigter und Lizenznehmer, company and sharholder; z. B. kann der Kontrahent eines Hingabevertrags, bailment, sich nicht darauf berufen, daß das von ihm empfangene Gut nicht Eigentum war, sondern muß beim Vertrage stehen und auf Erfordern herausgeben), ferner der praktisch wichtigste Fall des estoppel by representation: dieses umfaßt jede Erregung einer irreführenden Vorstellung (representation) beim Gegner durch Erklärung (statement) oder konkludente Handlung (conduct), gleichviel ob sie schuldlos erfolgt (innocent missrepresentation) oder ob sie dem Gegner gegenüber schuldhaft ist (estoppel by negligence); hiermit wird insbesondere auch Duldung einer Vertretung durch einen Nichtbevollmächtigten, die Vertretung ohne Vertretungsmacht (agency by estoppel) umfaßt; endlich bringt das englische Recht unter den Gesichtspunkt des estoppel auch die Verpflichtung des Zeichners eines negotiabel instrument, insbesondere des Wechsels, gegenüber jedem gutgläubigen Erwerber vom Nichtberechtigten, derart, daß der Zeichner dem gutgläubigen Erwerber gegenüber mit allen Einwendungen präkludiert ist, ohne daß der Erwerber selbst das volle Recht positiv erwirbt. Das estoppel ist historisch aus der Unanfechtbarkeit der record-Schuld (Brunner, Forschungen S. 269) entstanden und ein Fall der germanischen Verschweigung (Beaumanoir 63, 16 mit Glanvilla X, 12 § 4), die noch nicht (wie etwa im deutschen Fundrecht) zur konstitutiven Wirkung gesteigert ist, sondern bei der bloßen Ausschlußwirkung stehen bleibt. Das estoppel durchzieht das ganze englische Recht, es wird von den Engländern zum Beweisrecht (evidence) gerechnet, hat aber privatrechtliche Bedeutung.

β) Die Bedingungslehre ist im englischen wie überhaupt im germanischen Recht, bei den dinglichen Rechten an Immobilien ausgegebildet worden (m. a. conditional feoffments, conditional gifts) und ihr Hauptsitz ist die Lehre von den estates upon condition (unten § 6, 4 d); doch wird die Bedingung auch an anderen Stellen des Systems behandelt, insbesondere beim contract, namentlich seit alters beim gesiegelten Vertrage, auch hier aber im engen Zusammenhange mit dem Immobiliarrecht; doch erscheinen einzelne Punkte der Bedingungslehre auch bei den speziellen Obligationen, so daß ein ausgebildetes einheitliches System der Bedingung dem englischen Recht überhaupt fehlt. Im allgemeinen wird zwischen condition precedent (suspensiver) und condition subsequent (resolutiver) unterschieden, und man läßt das Rechtsgeschäft, insbesondere den Vertrag, überhaupt erst mit dem Eintritt des ungewissen Ereignisses (contingency, ungewiß an und quando) entstehen, vorher wird — wenigstens theoretisch — das Vorhandensein des Geschäfts oder doch jede Rechtswirkung überhaupt geleugnet. Indessen wird bei Vereitelung der Bedingung diese gegenüber dem Vereitelnden als eingetreten angesehen. Eine von vornherein unmögliche aufschiebende Bedingung macht bei estates upon condition den Vertrag nichtig; ein durch act of God nachträglich unmöglich werdende gilt als eingetreten; eine von vornherein (oder nachträglich durch act of God) unmögliche bzw. illegale oder unsittliche Resolutivbedingung gilt als nicht geschrieben. Bei bonds (beurkundeten Schuldverträgen, vgl. unten § 7, 2 S. 335) läßt anfängliche Unmöglichkeit der Bedingung den Vertrag bestehen, während andere Verträge hierdurch nichtig sind; nachträgliche Unmöglichkeit der Bedingung macht den bond nichtig, während sie andere Verträge bei positiver Bedingung nichtig macht, bei negativer aber unberührt läßt. — Sehr sorgfältig wird unterschieden, ob eine Vertragsbedingung eine condition oder ein independent warranty ist; letzteres, als bloße in den Vertrag aufgenommene (nicht aufgenommene sind bedeutungslos) Nebenbedingung, berechtigt bei Nichterfüllung nur zum Schadensersatz, der Bestand des Vertrages ist davon aber unabhängig. Zeitbestimmungen (limitations) sind keine Bedingungen, doch sah die alte common law in germanischer Weise im Zweifel in der Zeitbestimmung zugleich eine Bedingung. Die equity lehnte dies aber für die Grundstückskäufe ab und behandelt diese milder; durch die Jud. Act 27, 7 wurde dieses Prinzip auch für die common-law-Gerichte maßgeblich, und durch die Sale of Goods act 1893, 10 wurde die Frage für den Mobiliarkauf als offene bezeichnet, so daß der strenge common-law-Satz nur für andere Geschäfte als Kauf noch Geltung hat. Die Praxis neigt aber dazu, ihn auch für den Mobiliarkauf, wenigstens im Zweifel, anzuwenden, namentlich für Handelsgeschäfte, so daß die Zeitbestimmung (obgleich keine gesetzliche Präsumption mehr besteht) Fixgeschäftscharakter schafft. — Unter concurrent condition versteht man die Abhängigkeit der Verpflichtung von einer Handlung, insbesondere der Gegenleistung des Gegenkontrahenten. Die Regeln über concurrent condition entsprechen unsern Regeln über gegenseitige Verträge.

Stephen II, 1, ch. 17; II, 2, ch. 5, 12; Renton, Enc., und Halsbury s. v. estoppel, Cababé, Principles of estoppel 1888 [2]; Everest and Strode, Law of estoppel 1907 [2]; Best-Marquardsen S. 102; E. Schuster, Rechtspflege, S. 164; Jenks-Prochownick I, S. 492 ff.; Mendelssohn-Bartoldy, Grenzen der Rechtskraft, S. 199 ff.; Riezler, Venire contra factum proprium S. 55 ff. — Stephen II, 1, ch. VI; II, 2, ch. 5; Halsbury and Renton s. v. condition; Jenks-Prochownick §§ 109—120; Holmes-Leonhard S. 319 ff.

b) Für den gerichtlichen Rechtsschutz hat das englische Recht ein Aktionensystem ausgebildet, an das sich die Privatrechtsentwicklung aufs engste angeschlossen hat, und das, obwohl vielfach mit dem römischen Aktionenrecht verglichen, durchaus nationalen Ursprungs ist. Den Ausgangspunkt bildet der alte königsgerichtliche Prozeß: das amtsgerichtliche Verfahren wird durch königliche, von der Kanzlei ausgehende Mandate (writs, brevia) eingeleitet (brevia originalia) und fortgeführt (br. iudicialia); auch das volksgerichtliche Verfahren über Grundeigentum bedurfte allmählich solcher Einleitung. Diese Mandate haben mit den römischen formulae nichts zu tun, auch andere Funktionen als diese; sie entsprechen vielmehr den indiculi commonitorii, de iustitia, inquisitionis des fränkischen Reichsrechts (Brunner). An die Prozeßeinleitungs-Writs schließt das Aktionensystem an; durch das Writ wird die Klage individualisiert. Das zweite Westminsterstatut von 1285 (13 Edw. I c. 24) bestimmt, daß die Kanzlei in consimili casu neue Writs aufstellen dürfe, dagegen im übrigen die Schaffung neuer

Writs dem Parlament zu überlassen sei. An die zahlreichen allmählich feststehenden Writs schlossen sich Rechtsleben und Rechtslehre eng an. Die Prozesse in der Chancery wurden entsprechend durch Bill, bzw. bei Kronsachen durch Information. Gesuche mit formloser Angabe der Klagetatsachen, eröffnet. Im Laufe des 19. Jahrhunderts wurde allmählich die spezielle Individualisierung der Klage durch bestimmte Writs (original writs) beseitigt; seit 1875 genügt in allen Sachen zur Prozeßeinleitung ein allgemein gehaltenes, vom Gericht ausgegebenes writ of summons, ein Ladungsmandat, für das ein „indorsement of claim", d. h. Angabe des Klagantrags und der zur Individualisierung des Klaggrundes erforderlichen tatsächlichen Behauptungen, vorgeschrieben ist; alle Klagen sind seither in factum conceptae, actions on the case (eine Bezeichnung, die, streng genommen, nur den alten in consimili casu aufgestellten brevia magistralia zukommt). Trotzdem spielen die alten *[807]* Klagformen in Judikatur und Literatur noch eine große Rolle, und viele Teile des englischen Privatrechts sind ohne Kenntnis von ihnen nicht verständlich. Die Zahl der im praktischen Gebrauch befindlichen Klagtypen war im 19. Jahrhundert allmählich sehr zusammengeschmolzen. Man teilt sie ein in actions real, personal und mixed. Diese Einteilung beruht auf dem gemeingermanischen Gegensatz von Immobiliargut und Fahrhabe. Die actions real dienen dem Schutze des Immobiliarguts (real property); zu ihm gehören die alten petitorischen und possessorischen Grundstücksklagen (writ of right, writ of assise etc.) mit ihren Nebenformen, der Patronatsklage (a. quare impedit) und den Wittumsklagen (writ of dower, writ of right of dower, wr. of d. unde nihil habet); sie sind heute in der Hauptsache außer Anwendung (s. u. § 6 Nr. 8). Von den actions mixed, gerichtet zugleich auf Schadensersatz und auf Herausgabe von real property, ist die wichtigste die action of ejectment, jetzt action for the recovery of land genannt, ursprünglich bloße Schadensklage, welche schon seit dem 18. Jahrhundert die reinen Realklagen auf Grundstücksherausgabe verdrängt hat. Endlich dienen die personal actions zum Schutze des Personalvermögens (personalty, personal property), wozu alles, was nicht real property ist, gerechnet wird, also Eigentum und dingliche Rechte an Mobilien, Forderungs- und sonstige nichtdingliche Rechte, ferner aber außer diesen chattels personal im engeren Sinne auch die sog. chattels real, gewisse den Mobilien gleichbehandelte Immobiliarrechte (vgl. u. § 6 Nr. 1). Die personal actions gingen als Klagen vor den common-law-Gerichten immer nur auf Schadensersatz, während die Chancery in geeigneten Fällen zu specific performance, zur Realerfüllung, verurteilte und diese erzwang — ein Grundsatz des Equity-Rechts, der heute verallgemeinert ist, so daß grundsätzlich auf jede Klage zu specific performance verurteilt werden kann. Die wichtigsten personal actions sind: action of debt, covenant, assumpsit, detinue, trover, trespass, trespass on the case; die trespass-Klagen sind die eigentlichen Deliktsklagen (actions of tort im Gegensatz zu actions of contract); die actions of debt, covenant, assumpsit sind die Klagen aus Vertragsbruch (breach of contract), und die actions of detinue und of trover versehen die Funktion der Mobiliarvindikation. Über das System der Klagen s. unten § 7 Nr. 3 a. E.

Pollock and Maitland II S. 556 ff.; Blackstone III ch. 7 ff.; Stephen b. V ch. 7; Odgers, Principles of Pleading, Practice and Procedure in civil actions 1911 [7]; Hazeltine, Pfandrecht S. 33 ff. Wegen der Rechtskraft der Urteile siehe die guten Ausführungen bei Mendelssohn-Bartholdy, Grenzen der Rechtskraft, 1900 S. 199 ff.

2. Die Verjährung (limitation of action) ist für die einzelnen Klagarten verschieden bemessen. Sie hat sich bei den real actions entwickelt; zur Zeit Heinrichs II. konnte ein writ of right, die Immobilienklage, nicht auf einen Besitzstand, eine seisin gestützt werden, die weiter zurücklag als die Regierung Heinrichs I. (1100—1135); seit dem ersten Westminsterstatut (3 Edw. I) durfte die seisin nicht weiter zurück als 1189 (1 Ric. I; s. o. § 3 Nr. 2 a. E.) liegen; nach verschiedenen gesetzlichen Eingriffen in diesen Rechtszustand unter Heinrich VIII. (30 bzw. 50 bzw. 60 Jahre zurück), Jakob I. und Wilhelm IV. (3 und 4 c. 27, 20 Jahre) wurde durch die Real Property Limitation Act (37 and 38 Vict. c. 57, 1874) bestimmt, daß die meisten Immobiliarklagen nach 12 Jahren restlos erlöschen. Die Verjährung der personal actions beruht hauptsächlich auf dem Statut 21 Jac. I c. 16 s. 3 von 1623; danach verjähren die meisten dieser Klagen in 6 Jahren „after the cause of action accrued", während die actions of trespass to the person (assault, menace, battery, wounding, imprisonment) in 4 Jahren, die Ehrenkränkungsklagen (actions on the case for verbal slander) in 2 Jahren verjähren; die Klage aus

gesiegeltem Vertrag (a. of debt) wurde durch dieses Gesetz aber nicht getroffen, doch gewährte die Praxis nach 20 Jahren die Vermutung der Erfüllung, bis durch 3 and 4 Will. IV c. 42 s. 3 1833 auch für diese Klage eine Verjährung von 20 Jahren, für einige Fälle von 6 Jahren eingeführt wurde. Die Verjährung beginnt mit der Entstehung der Klage, also der Fälligkeit der Forderung, dem Eintritt der Bedingung, des Termins usw.; der Beginn ist gehemmt, wenn die Hemmungsgründe (disabilities) der Minderjährigkeit, der Geisteskrankheit, des Aufenthalts des Schuldners beyond the seas vorliegen; die Verjährung wird unterbrochen durch Klageerhebung und Anerkennung, die aber regelmäßig schriftlich oder durch Teilzahlung dokumentiert und mit Verpflichtungswillen abgegeben sein muß (worüber große Judikatur, z. B. Chitty, Statuten s. v. limitation); die Wirkung ist die Begründung der Einrede, welche vorgeschützt werden muß; es bleibt eine zahlbare, die akzessorischen Rechte konservierende Naturalobligation bestehen. Von der limitation ist zu unterscheiden die prescription (unten § 6 n. 7 a. E.) Stephen, Book V ch. XIII.

3. Auf dem Gebiete der Selbsthilfe (die im 13. Jahrhundert gegenüber dem ags. Recht sehr eingeschränkt, dann aber allmählich unter kasuistischen Kautelen wieder mehr freigegeben worden ist) sind neben dem allgemeinen Rechte der Selbstverteidigung (self-defense, zulässig gegenüber rechtswidrigem Angriff auf den Verteidiger, seine nahen Verwandten, Dienstherrn, Angestellten und seine Sachen, soweit sie reasonably necessary ist) eine Reihe besonderer Institute ausgebildet: recaption (oder reprisal) ist das Recht, ein vorenthaltenes Familienmitglied oder eine vorenthaltene bewegliche Sache eigenmächtig zurückzuholen (aber nur ohne Friedensbruch, daher ein Pferd wohl von der Weide oder aus dem Wirtsstall, dagegen nicht aus dem fremden Haus); entry ist das entsprechende Recht, *[808]* ein vorenthaltenes Immobile zu okkupieren; abatement ist das Recht, schädigende Anstalten (nuisance, z. B. eine lichtraubende Mauer) eigenmächtig zu beseitigen, — immer unter Vermeidung eines Friedensbruchs (insbesondere unter Vermeidung des Eindringens in ein geschlossenes Haus). Ferner ist das alte Recht der Privatpfändung (distress) eingehend ausgebildet, insbesondere zur Beitreibung eines Grund- und Mietszinses (rent) und zur Sicherung wegen Viehschäden (distress damage feasant), und zwar ist dabei ein Verkaufsrecht nach alter common law nur für Kronforderungen anerkannt und erst seit dem Ausgang des 17. Jahrhunderts durch die Gesetzgebung allmählich allgemeiner durchgeführt worden. Die Viehpfändung kann der Nutzberechtigte eines Grundstücks an dem schädigenden Vieh vornehmen, soweit der Vieheigner für den Schaden haftet, was nicht der Fall ist, wenn höhere Gewalt oder Verschulden des Geschädigten oder eines Dritten vorliegt; die Pfändung (impound) muß auf dem Grundstück selbst erfolgen und gibt nur ein Retentionsrecht bis zum Ersatz des durch das gepfändete Tier selbst angerichteten Schadens; ein Verkaufsrecht ist nur für Fütterungskosten gegeben. Die praktisch viel wichtigere distress for rent gibt dem Rentenberechtigten (landlord), also insbesondere dem Vermieter und Verpächter, wegen des Zinsrückstandes der letzten 6 Jahre (bei Pächtern nur eines Jahres) nicht nur ein Retentions- bzw. Pfandrecht an den eingebrachten Mobilien, sondern ein Recht eigenmächtiger Beschlagnahme und (nach 5 Tagen) des Verkaufs. Zum Zwecke der Beschlagnahme (seizure) darf der landlord oder der ihn vertretende Gerichtsvollzieher (bailiff) in die Wohnung und überhaupt in das Grundstück des tenant eindringen (aber ohne Fenster oder Türen zu erbrechen); die Beschlagnahme erfolgt durch Handanlegung (actual seizure) oder durch bloßes Verbot des Fortschaffens (constructive seizure). Von der Beschlagnahme sind ausgeschlossen Geld, Wild, fixtures (s. u. § 6 n. 2), Gegenstände, welche dem tenant im Betriebe seines Gewerbes übergeben sind (z. B. Getreide beim Müller, Kommissionsgut beim Kommissionär usw.), zum Gebrauch überlassene Maschinen für Landwirtschaft und Textilindustrie, Sachen des Untermieters (Lodgers good protection act 1871), Kleidung und Bettzeug bis zum Betrage von L. 5, bereits beschlagnahmte Gegenstände, Gegenstände in actual use (z. B. das Pferd, das jemand reitet, der Webstuhl, an denen gerade gewebt wird, etc. wegen des hier leicht möglichen Friedenbruchs) sowie einige andere speziell durch Statut oder Gewohnheit bezeichnete Gegenstände. Eng verwandt ist das Recht zur eigenmächtigen Wegnahme des verfallenen heriot, des Besthaupts. Eigenartige Selbstbefriedigungsrechte gewähren das Recht des retainer für den zum Exekutor oder Administrator (s. unten § 8) des Schuldners bestellten Gläubiger, und das Recht des remitter für den entwerten, aber auf Grund mangelhaften Titels wieder in

Besitz gelangten Grundstücksbesitzer. Ein Retentionsrecht an Vermögensstücken des Schuldners, abhängig vom Besitz, ist das lien (von lat. ligamen); es ist entweder general lien (vom Recht nicht begünstigt und nur auf Grund besonderen Vertrags oder nach Maßgabe der Gewohnheiten, insbesondere Handelsgewohnheiten, anerkannt), z. B. zugunsten des factor an den ihm zum Verkauf übergebenen Sachen, des Solicitors an den Dokumenten der Partei wegen seiner Kosten, des Bankiers an allen ihm (nicht versehentlich) übergebenen negotiable instruments, d. h. Wertpapieren, sofern sie nicht zu einem bestimmten, der Zurückhaltung widersprechenden Zweck ihm übergeben sind (insbesondere zur Verwahrung im safe oder zur Zahlung einer Schuld an einen Dritten), sondern zur Realisation und Gutschrift der eingezogenen Summe; ferner des wharfinger, stockbroker und wohl auch common carrier); oder aber das lien ist — mit dem Erfordernis der Konnexität — special lien: carrier am Gut für Kosten, innkeeper am Gepäck für board und lodging, Handwerker am übergebenen Gegenstand für Arbeitslohn, der unbezahlte Verkäufer an der durch den Kaufvertrag übereigneten Sache wegen des Kaufpreises, (s. 41—43 Sale of goods act 1893, nach der Absendung hat er das right of stoppage), und zwar ist zu unterscheiden das — normale — legal oder possessory lien (s. u. bailments § 7 Nr. 2) von der Gruppe der maritime und equitable liens (insbesondere des trustee und des cestuique trust, sowie des Käufers bzw. Verkäufers bei Grundstücksveräußerungen), die, vom Billigkeits- bzw. Seerecht geschaffen, ausnahmsweise keinen Besitz des Retentionsberechtigten erfordern. Ein Verkaufsrecht besteht auf Grund des lien (sofern es nicht besonders vereinbart ist), nur ausnahmsweise, insbesondere für den Reeder wegen der Fracht, für den unbezahlten Käufer u. U. am verkauften Gute, für den innkeeper und beim Bankier-lien. — Endlich hat das Recht des Vergleichs (accord) und des Kompromisses (arbitration) eine sorgfältige Ausbildung gefunden.

Pollock and Maitland II S. 572 ff.; Blackstone III ch. 1; Stephen, b. V ch. 1 Rüttimann, Englischer Zivilprozeß §§ 11ff.; Renton, Encycl. unter den einzelnen Stichworten; ebenso Halsbury; Banning, Treatise on the statute law of the limitations of actions, 1892[4]; Darby and Bosanquet, Stat. of limit., 1899; Goldschmidt, Handelsgesetze des Erdballes S. 80 ff., 417 f.; Jenks-Prochownick S. 158 ff.; Wertheim, Distress, lien.; Hazeltine, Pfandrecht S. 32, 134, 167, 185, 261, 304; Haff, K.V.Schr. 490, 300; über lien vgl. Paine, On bailments, 1901, Salomonsohn (Solmsen), Schutz der Baugläubiger, 1900, S. 49 ff.; über Schiedsgerichte: Inhülsen, Z. f. öff. R. 1897, S. 446. Über viele Fragen der freiwilligen Gerichtsbarkeit sowie über die Praxis der Rechtsgeschäfte: Moore, Practical Forms 1911[7]; vgl. auch Bowstead, Forms and Precedents other than conveyancing, company, local Government and practice forms, 1914.

§ 5. Das Rechtssubjekt.

1. Physische Person. Jeder Mensch ist Rechtssubjekt; für die volle Rechtsfähigkeit entscheidet auch nach englischem Recht die Vollendung der Geburt (birth), und zwar muß das Kind lebendig sein und menschliche Gestalt haben; dagegen wird Lebensfähigkeit nicht gefordert; die bedingte Rechtsfähigkeit des nasciturus ist von der Praxis anerkannt. Eine Todeserklärung kennt das englische Recht nicht; dagegen gibt die Praxis in Analogie zu Statuten Jakobs I. und Karls II. eine Todespräsumption (presumptive proof of Death) bei siebenjähriger kundeloser Abwesenheit, ohne daß damit eine Präsumption für einen bestimmten Todestag gegeben wäre, und ohne daß es ausgeschlossen ist, aus früherliegenden Umständen, welche den Tod wahrscheinlich machen (Schiffsuntergang), auf den erfolgten Tod zu schließen. Präsumptionen für Kommorienten werden nicht aufgestellt. Geburt und Tod und ebenso die Eheschließungen werden jetzt nicht mehr wie früher (dazu noch 52 Geo. III. c. 146, 1812) von der Kirche registriert, sondern es bestehen seit 1836 staatliche Register, die Registration of Birth, Deaths and Marriages (6 and 7 Will. IV c. 86, ferner 7 Will. IV und 1 Vict. c. 22, 1837, sowie Gesetze von 1840, 1858, 1874); unter einem registrar general stehen superintendent registrars für die einzelnen Bezirke.

Fremder (alien) war nach alter common law jeder außerhalb der Lande des Königs von England Geborene, während umgekehrt alle im Lande Geborenen Engländer waren. Das Prinzip ist allmählich gemildert worden; schon im 14. Jahrhundert im Handelsinteresse für gewisse Fälle der Geburt von Kindern englischer Eltern im Auslande; heute hat die Staatsangehörigkeit (allegiance) jeder in England Geborene (auch von fremden Eltern, wenn sie nicht ennemies sind), ferner die im Auslande geborenen Kinder englischer Eltern (natural born, und solche naturalisierter, welche in service of the Crown draußen sind) und (erst seit 1844) die Aus-

länderin durch Ehe mit einem Engländer. Die naturalization war früher sehr schwierig und nicht voll wirksam (insbesondere war der Naturalisierte von der Mitgliedschaft im Ober- wie im Unterhause ausgeschlossen); jetzt ist sie durch die Naturalization act von 1870 (33 Vict. c. 14, ferner 35 and 36 Vict. c. 39 von 1872) erleichtert, *[809]* insbesondere möglich (nach freiem Ermessen) durch Zertifikat des Staatssekretärs (vor allem bei fünfjährigem Aufenthalt in England). Möglich, aber im wesentlichen nur für die Kolonien praktisch, ist auch noch die alte Denization, die Aufnahme in den Untertanenverband ohne Erteilung der politischen Rechte, durch die Regierung, wobei das Erfordernis des fünfjährigen Aufenthalts nicht besteht, und daher die Unterstellung eines Ausländers als denizen unter englische Kolonial- und Konsulargerichtsbarkeit möglich ist. — Die britische Staatsangehörigkeit endet mit Naturalisation im Auslande (nur ausnahmsweise wird doppelte Staatsangehörigkeit geduldet, nämlich eo ipso zum Erwerb der fremden Staatsangehörigkeit und bei Erwerb der britischen Staatsangehörigkeit durch einen Ausländer, doch zessiert dann die englische Staatsangehörigkeit, sobald das fremde Gebiet betreten wird), durch Verzicht (seit 1870, doch nicht mißbräuchlich, Rex. v. Lynch 1903) und durch Heirat der Engländerin mit einem Ausländer. Während früher die Fremden sehr ungünstig standen, insbesondere vom Grundbesitzerwerb ausgeschlossen waren, stehen sie jetzt als alien friends privatrechtlich den englischen Untertanen gleich, doch sind die Bestimmungen des Gesetzes von 1870 (l .c.) nicht rückwirkend, und auch heute noch kann kein alien Eigner eines britischen Schiffs sein. Die Einwanderung Fremder ist zudem stark eingeschränkt durch die strenge Aliens Act 5 Edw. VII c. 13 (1905), vgl. auch das gegen fremde Schiffseigner gerichtete Gesetz 5 Edw. VII c. 13 von 1905. Sehr ungünstig werden im Gegensatz zum alien friend behandelt alien ennemies; d. h. Angehörige solcher Staaten, welche mit Großbritannien im Kriegszustande sich befinden; alle Geschäfte mit einem alien ennemy sind nichtig; aus einem vor Ausbruch des Kriegs abgeschlossenen Versicherungsvertrage können während des Krieges keine Versicherungsforderungen entstehen und auch später nicht geltend gemacht werden, der alien ennemy kann während des Krieges aus den vorher entstandenen Rechten nicht klagen und auf ihn fallende Konkursraten werden bis zum Abschluß des Krieges von der Verteilung zurückgehalten. Doch kann die Regierung einem alien ennemy von allen diesen Beschränkungen durch licence dispensieren und ihm den Handel während des Krieges gestatten.

Die M i n d e r j ä h r i g k e i t (infancy) reicht bis zum vollendeten 21. Jahre; der Minderjährige (infant) kann nach common law prinzipiell keinen legal act vornehmen, insbesondere keine Grundstücke veräußern oder erwerben und keine bindenden contracts schließen, doch letzteres mit der dem älteren germanischen Recht eigentümlichen Maßgabe, daß nur den Minderjährigen offenbar schädigende Verträge (manifestly to the infants prejudice) nichtig (void) sind, dagegen bindend die ihm offenbar vorteilhaften (manifestly for his benefit), die sonstigen Geschäfte aber — und dies scheint das normale — anfechtbar (voidable), falls sie nicht nach erreichter Volljährigkeit ratifiziert werden; als vorteilhaft aber gelten die Verträge über „things necessaries" (z. B. meat, drink, apparel, physic, schooling, necessaries for wife and child), die im Einzelfall nach dem Alter und der tatsächlichen Lage des Minderjährigen zu bemessen sind, und bei deren Feststellung insbesondere zu beachten, ob für den infant im Hause der Eltern Fürsorge getroffen wird. Der Verkäufer von necessaries liefert übrigens auf eigene Gefahr: war der Minderjährige zur Zeit der Lieferung bereits sufficiently supplied, so besteht die Haftung nicht. Durch die Infant Relief Act von 1874 (37 and 38 Vict. c. 62) ist aber gegenüber der common law angeordnet, daß alle Geschäfte des Minderjährigen über Darlehen und Warenlieferung sowie Rechnungsanerkennungen nichtig (absolutely void) sein sollen, außer den necessaries sowie außer den gesetzlich (z. B. durch die Friendly Societies Act 1896, Building Societies Act 1874, Trade Union Act 1876, Infants Settlements Act 1855) oder gewohnheitsrechtlich statuierten Ausnahmen. Insbesondere haftet der Minderjährige nach Equity für Darlehen, die zum Zwecke der Beschaffung von necessaries aufgenommen sind, selbst wenn das Geld anderweit verwendet worden ist (Earle v. Peale 1712). Ein Infant ist dagegen schlechthin haftbar für torts (es sei denn, daß der etwaige subjektive Tatbestand infolge der Minderjährigkeit in concreto fehlt); der Minderjährige kann als Vertreter fungieren (for the person by whom he is appointed agent is the best judge of his ability); die Heiratsmündigkeit tritt mit 14 bzw. 12 Jahren ein; eine Frau von 17 und ein Mann von 20 Jahren können (seit 18. and 19. vict. c. 43) einen Ehevertrag

schließen; anderseits ist ein Konkurs gegen den infant ausgeschlossen. — Die Jugendlichen sind in großzügiger Weise geschützt durch die Children Act 1908, 8 Edw. VII c. 67, die „Childrens Charter", welche eine große Reihe früherer Gesetze konsolidierte (1854—1908) und eingehende Vorschriften über Kinderschutz gegen Grausamkeit usw., reformatories, industrial schools, strafbare Handlungen Jugendlicher, in s. 114—122 einige zivilrechtliche Vorschriften über Rechtsgeschäfte Jugendlicher (pawn, Alkoholverkauf, Verkauf alten Metalls usw.) enthält (ergänzt durch die **Childrens Employment Abroad Act**).

Die Lehre vom Domizil (domicile) ist erst seit dem 18. Jahrhundert unter Einfluß der internationalen Rechtsbeziehungen in England von der Judikatur entwickelt; man unterscheidet (leading case Udny v. Udny, 1869) domicile of origin (Domizil des Vaters, nach dessen Tode der Mutter, bei Unehelichen der Mutter) und domicile of choice (Wahl einer residence animo manendi), als dessen Nebenart das domicile by operation of law (z. B. durch Eheschließung der Frau) erscheint; gegen die Wahl eines Domizils seitens eines Engländers in einem Lande mit „political, social and religious institutions altogether different from those of Great Britain" spricht eine Vermutung. (Vgl. noch das bisher unpraktische Statut 24 and 25 Vict. c. 121.) Das Domizil der Korporation ist am Hauptsitz (principal place) der Verwaltung.

Das Recht am Namen ist im englischen Recht nicht entwickelt. Während der Vorname (Christian name) im allgemeinen nur bei der Konfirmation geändert werden darf, ist der — in England erst seit der normannischen Eroberung aufgekommene, noch im 14. Jahrhundert nicht allgemein durchgeführte — Vatersname (surname) der beliebigen Abänderung unterworfen. Für die Namensänderung bedarf es keiner Formalitäten; nur im Interesse des späteren Beweises wendet man die Formen der act of Parliament, der Royal License oder — regelmäßig — die Zeitungspublikation unter gleichzeitiger Aufnahme einer Urkunde (deed poll), die beim Central Office registriert wird, an. Nicht einmal die Ehefrau braucht, obwohl das üblich ist, den Namen des Ehemanns anzunehmen. Dementsprechend kennt das englische Recht auch nicht die kaufmännische Firma in unserem Sinne (wie infolge des Aufgehens des Handelsrechts im Bürgerlichen Recht auch der Kaufmannsbegriff keine Rolle spielt). Eine Firma in unserem Sinne kommt nur für die Companies in Betracht; im übrigen kann im Handel ein beliebiger Name als firm-name geführt werden, nur darf nicht die Gefahr einer Verwechslung mit gleichnamigen bereits bestehenden Geschäften hervortreten. Übrigens wird die Annahme eines anderen Namens oft in Testamenten durch die sog. name and arms clause auferlegt.

Pollock and Maitland I S. 441 ff., II S. 434 ff.; Stephen, b. IV p. 3 ch. 15, b. I, b IV p. 1 ch. 1, b. III ch. 4; vgl. u. § 9 a. E. Macphersons, Law of Infants 1842; Simpson, Law and Practice of Infants 1890; Henriques, Law of Aliens and Naturalisation 1905; Hatschek, Staatsrecht I, 216 ff.; Jenks-Schirrmeister §§ 49 ff.; W. P. Phillimore, Law and Practice of Change of Names 1905; Fox Davis and Britton, Names and Change of Names 1906; Goldschmidt, Handelsgesetze des Erdballes S. 89 ff.

2. Die Korporation. Zu Bractons Zeit erschienen nebeneinander communitates (Gemeinden), universitates (Gilden) und die kirchlichen Anstalten, als deren Subjekt meist Gott oder der Heilige betrachtet wurde. Erst seit Mitte des 15. Jahrhunderts erscheint, ausgebildet vor allem an den kirchlichen Anstalten und daher vom kanonischen Recht beeinflußt, eine Theorie der juristischen Person und zugleich der Name corporacion, corps corporat, corps politik; man unterscheidet incorporated bodies (abbot and convent, dean and chapter, major and communalty) und not incorporated (townships, parishs, gilds); die ersteren müssen durch einen besonderen Akt des Königs oder des Papstes oder beider geschaffen sein; die Korporationen müssen immer ein Haupt haben, das gewöhnlich mit ihnen genannt wird (dean and chapter), und handeln immer nur unter ihrem common seal; die Korporation ist incorporeal, invisible, immortal, entsprechend kanonischen Ideen persona ficta; doch ist durch die Gerichte niemals ernstlicher Gebrauch von der Fiktionslehre gemacht worden (Pollock, Gierkefestschrift 1911 S. 105 ff.). Die Theorie der Korporation wurde allmählich vernachlässigt, weil infolge der Entwicklung der uses und trusts (s. u. Nr. 3) die Form der common-law-corporation vielfach entbehrlich erschien (Maitland, vgl. Hübner, Z. Sav. St. germ. 22, S. 432 ff.): „Die Juristen *[810]* lehrten, daß es nach dem common law ein Verbrechen sei, ohne staatliche Konzession eine Korporation zu bilden; sie selbst aber waren alle Mitglieder der unkonzessionierten

Inns of court, d. h. eben von Trusts." — Die heutige Korporationslehre unterscheidet corporation aggregate (aus einer Mehrheit von Personen zusammengesetzt) und corporation sole. Letzterer dem englischen Rechte eigentümliche Begriff ist seit dem Ausgang des Mittelalters aufgekommen; die c. sole besteht aus einer Einzelperson, vorzugsweise einem Amtsträger: der König (the crown), der Bischof, der Pfarrer ist corporation sole; alle, welche im Verlaufe der Zeit jemals das Amt verwaltet haben, bilden mit dem gegenwärtigen Amtsträger eine Einheit (corporation never dies); es handelt sich nach unserer Betrachtungsweise um Organe von Korporationen und Anstalten. Alle Korporationen bedürfen zur Erlangung der Rechtssubjektivität grundsätzlich königlichen consents, der durch Royal Charter (oder Letter Patent) oder durch Parlamentsakte erteilt wird; dem Prinzip der freien Körperschaftsbildung entsprechend wird aber bei den „corporations existing by common law" (dahin gehören die corporations sole) und den „corporations by prescription" (z. B. City von London) der consent ergänzt bzw. präsumiert; anderseits ist man für die Handelsgesellschaften (joint-stock companies) im Laufe des 19. Jahrhunderts zum Normativsystem gekommen (Aufhebung der ihnen entgegenstehenden sog. Bubble act von 1720 im Jahre 1825). Man erblickt das Wesen der Korporation in ihrer Dauer, perpetuity, und in ihrer (genossenschaftliche Struktur nicht ausschließenden) Einheit, bei der corporation aggregate symbolisiert durch das (für Rechtsakte nur ausnahmsweise entbehrliche) common seal; die Korporation gibt sich Statuten, bye-laws, die nicht im Widerspruch mit dem Landesrecht oder mit der Gründungsurkunde (Zweck) stehen dürfen; sie ist grundsätzlich rechts- und handlungsfähig; ihre Haftbarkeit für tort (malicious prosecution, fraud, deceit, trespass, assault) ist heute anerkannt. Während für die durch Royal Charter geschaffenen Korporationen (und die diesen gleichstehenden, s. o.) volle Rechts- und Handlungsfähigkeit wie bei physischen Personen besteht, ist die legal capacity der durch Statut (sei es besonderer Parlamentsakte oder auf Grund allgemeinen Gesetzes nach dem Normativsystem) entstandenen streng durch ihr Statut begrenzt: alle Handlungen, welche die im Statut abgegrenzten Zwecke überschreiten (ultra vires) sind ab initio void nichtig; diese im 19. Jahrhundert geschaffene Ultraviresthcorie ist von der Judikatur im einzelnen ausgebaut und sehr wichtig; namentlich auch für die companies. Von den Geschäften ultra vires der Gesellschaft sind zu unterscheiden diejenigen Geschäfte, welche außerhalb der Befugnisse (also ultra vires) der Direktoren liegen: diese können durch Korporationsbeschluß nachträglich geheilt werden. Im Immobiliarrecht ist außerdem die Korporation durch die Mortmain-Gesetzgebung beschränkt; diese beginnt bereits 1225 (9 Henr. III c. 36) und wird besonders im zweiten Westminsterstatut Edwards I. (7 c. 13) und ferner unter Heinrich VIII. weiter ausgeführt; heute ist maßgeblich die Mortmain and charitable uses act von 1888 (51 and 52 Vict. c. 42, ergänzt 1891—1892): Danach ist der Erwerb von land (d. i. „tenements and hereditaments, corporeal or incorporeal, of any tenure, but not money secured on land or other personal estate arising from or connected with land") bei Konfiskation verboten und nur mit licence of the crown oder auf Grund besonderen Statuts gestattet; die Statutargesetzgebung hat das Prinzip vielfach durchbrochen, insbesondere für die incorporated Charities, die milden Stiftungen, sowie für die in den Formen der Handelsgesellschaften errichteten Korporationen (doch können idealen Zwecken dienende derartige Korporationen nicht mehr als 2 acres Land ohne Genehmigung des Board of Trade erwerben). Alle Korporationen stehen unter Kontrolle eines visitor (je nachdem König, Bischof, Gründer). Es existiert eine große Menge verschiedenartiger Korporationen; man scheidet von alters die ecclesiastical (spiritual) corporations der Geistlichen (z. B. abbot and convent) von den lay corporations, die wieder in civil corporations (die Kommunalverbände, Universitäten, Handelsgesellschaften) und eleemosinary corporations (Colleges, Hospitäler) zerfallen. Besonders zu erwähnen sind die Chartered Companies, entstanden aus der mittelalterlichen korporativen Vereinigung der englischen Kaufleute im Auslande (Ausgangspunkt sind die flandrischen Merchant adventurers of England, denen 1391 die Eastland Company für Preußen und die baltischen Länder folgt); aus ihnen sind in fortlaufender Entwicklung die heutigen großen Kolonialgesellschaften, die North Borneo Company von 1881, die Royal Niger Company Chartered von 1886, die East Africa Company von 1889, die South Africa Company von 1889 hervorgegangen, deren charters ihnen öffentliche Rechte in bestimmten Gebieten übertragen. Anderseits sind qualified corporations die Handelsgesellschaften, die joint-stock companies, deren Rechtsverhältnisse denen

unserer Aktiengesellschaften entsprechen. Sie sind seit Aufhebung der Bubble act im Jahre 1825 allmählich entstanden: man gestattete damals die Verleihung der Rechtssubjektivität an partnerships, seit 1835 konnten solche Korporationen als solche klagen und verklagt werden, seit 1844 hatte man bei Erfüllung von Normativbestimmungen ein festes Recht auf den Erwerb der juristischen Persönlichkeit, erst 1855 aber kam es zur Beseitigung der persönlichen Haftung der einzelnen Mitglieder. Vollständig kodifiziert wurde das Recht der Companies zuerst durch die Companies acts von 1862 (25, 26 Vict. c. 89), dann wiederholt abgeändert, insbesondere durch die Companies acts vom 8. August 1900 (63, 64 Vict. c. 48) und 1907 (7 Edw. VII c. 50) geregelt und es ist jetzt in der Companies Consolidation Act von 1908 (8 Edw. VII c. 69, ergänzt 1913) zusammengefaßt. Die Companies sind limited, mit begrenzter Haftung der Mitglieder (und zwar by shares nach Art *[811]* unserer Aktienhaftung oder by guarantee mit beschränkter Nachschußpflicht der Mitglieder), oder (die ältere, praktisch seltene Form) unlimited; ihr Kapital, stock, ist in Aktien, shares, geteilt; sie werden auf Grund des Zusammenschlusses der gesetzlich geforderten (mindestens) sieben Gründer (promotors) registriert und erlangen die Rechtssubjektivität durch die Ausstellung einer Inkorporierungs-, d. h. der Registrierungsbescheinigung. Die Gründer schließen sich durch Unterzeichnung eines Memorandum of association zusammen, dieses ist die „charter" der company, es ist grundsätzlich unabänderlich, doch kann seit 1890 der darin angegebene Zweck in Einzelheiten mit Genehmigung des High court geändert oder präzisiert werden, auch sind insbesondere Erhöhung und Herabsetzung des im Memorandum bezeichneten Grundkapitals unter Kautelen möglich. Die Angabe des Gesellschaftszwecks ist besonders wegen der Ultraviresdoktrin (s. o.) wichtig. Sofern eine limited company die Übertragung der Aktien beschränkt, die Aktionäre auf 50 begrenzt und keine Aktienzeichnung durch das Publikum vornehmen läßt, also durch Simultangründung zustandekommt, wird sie als private company im Gegensatz zu den public companies bezeichnet; zur Gründung der private company sind nur 2 Mitglieder erforderlich, sie dient hauptsächlich der Umwandlung eines Einzelunternehmens in eine company und untersteht besonderen Bestimmungen in Einzelheiten. Neben dem Memorandum werden (bei c. limited by shares fakultativ, sonst obligatorisch) Articles of association (Statuten, abänderbar durch die Generalversammlung) errichtet. Alle Vereinigungen von mehr als 20 Personen zum Handelsbetriebe (trading) und von mehr als 10 Personen zum Bankbetriebe müssen die Form der company haben. Organ der company sind die Generalversammlung (meeting) und die Direktoren. Von den Direktoren ist einer chairman (Präsident), ein anderer Betriebsdirektor (managing director), neben dem die übrigen Direktoren unter Vorsitz des chairman die Stellung unseres Aufsichtsrats haben. Es ist bei companies limited möglich, zu bestimmen, daß die Direktoren unlimited haften, wodurch dann ein unserer Kommanditgesellschaft auf Aktien ähnliches Gebilde geschaffen wird. Außerdem aber ist seit 1900 (für alle Companies) die Bestellung ständiger Revisoren vorgeschrieben (auditors; Direktoren und Beamte der Gesellschaft dürfen nicht als auditors fungieren, gewöhnlich ist eine Revisorenfirma, chartered acountants, beauftragt), welche alle Jahre der Generalversammlung Bericht über den finanziellen Stand des Unternehmens zu erstatten haben; daneben können auf Veranlassung der Generalversammlung bei geeigneter Gelegenheit nichtständige Revisoren (inspectors) ernannt werden. Das Mitgliedschaftsrecht (share) ist frei veräußerlich, doch sind vinkulierte Aktien in verschiedener Form häufig. Ein Mindestbetrag für die Aktie besteht nicht; die Unterpariemission ist mit starken Einschränkungen möglich; neben ordinary shares sind preference shares zulässig und häufig; Bauzinsen sind seit 1907 möglich. Die Ausgabe von Aktienurkunden ist nicht nötig, die Übertragung des Mitgliedrechts ist ohne Übergabe der Urkunde (share certificate) möglich; die Aktien lauten regelmäßig auf Namen, Inhaberaktien (shares warrants to bearer) sind selten; die volle Wirkung der Übertragung des Mitgliedsrechts tritt erst mit der Eintragung im Aktienbuch ein. Bilanzvorschriften in unserem Sinne bestehen nicht; es ist nur gesetzlich vorgeschrieben, daß Dividende lediglich aus dem Reingewinn gezahlt werden darf, die jetzige Praxis (Lee v. Neuchatel Co) betrachtet als solchen den Überschuß der ordentlichen Einnahmen über die ordentlichen Ausgaben. Eingehende Vorschriften bestehen über die Liquidation (winding up) der Companies.

Pollock and Maitland I S. 469 ff.; Blackstone I ch. 18; Stephen b. IV p. 3 ch. 1 ff.; Grant, Practical treatise on the law of corporations, 1850; O. Gierke-Maitland, Political theories of the middle ages, 1900; Maitland, L. Quart. R. 1900

n. 64; 1901 n. 66; Lindley, Treatise on the law of companies, 1902 [6]; Sel. Essays III, 161 (Carr), III, 195 (Williston, III, 236 (Baldwin)); Pollock in Gierke-Festschrift 1911; K. Lehmann, Geschichtliche Entwicklung des Aktienrechts, 1895; K. Lehmann, Recht der Aktiengesellschaften S. 63 ff.; Hatschek, Staatsrecht, S. 35 ff.; zur Companies act von 1900: Mansons, Ruegg and Mossop, Simonson, sämtlich 1900. Zum heutigen Recht der Companies: Palmer, Company Law 1911[9], Palmer, Company Precedents 1910 [10], 1912 [11], sowie die sonstigen Werke dieses Autors; Buckley, On Companies and limited partnerships 1909 [9]; Jore-Browne and Jordans, Joint Stork Companies Handbook 1913 [32]; Halsbury, Laws Bd. V 1910 (Hamilton, Evans, Bewes, Swinfen Eady), Kelke 1909, Astbury 1910 Schirrmeister, Die englische Aktiennovelle vom 8. Aug. 1900, Berlin 1901, D. J. Z. VI, 350, Z. f. H.R. 53, S. 619. Cruesemann und Keyssner, Z. f. H.R. 50 S. 526 ff.; Cruesemann, Z. f. H.R. 64 S. 351; Ernst Schuster in Festschrift für Robert Koch; Goldschmidt, in Handelsgesetze des Erdballes S. 146 ff.; Inhülsen, Handel, S. 24 ff.; Prochownick, Bl. Vgl. R.W. Bd. VII, S. 60; E. Heymann, Trustee und Trusteecompany S. 4 ff.; Joh. Schwandt, Recht der deutschen Aktiengesellschaften in Frankreich und England 1912 (Arb. zum Hd.R. herausgegeben von E. Heymann) A. Mez, Das Recht der amerikanischen Aktiengesellschaften I, 1913 (ebd.); Neukamp, Verh. der Int. Vereinigung 1912 S. 203 ff. — Edgar Loening, Das englische Genossenschaftsrecht (corporative societies), Jahrb. f. Nat.Ök. Bd. 98 S. 33 ff.

3. Uses und Trusts. Das gemeingermanische Institut des Treuhänders (vgl. Alfr. Schultze, Dogm. Jhrb. 43, S. 9) hat im englischen Recht eine besonders reiche und eigenartige Ausgestaltung gefunden und durchzieht, wenngleich es im Immobiliarrecht seinen Hauptsitz hat, alle Materien des englischen Privatrechts. Von alters in England bekannt, fand das Treuhandprinzip besonders seit den Tagen Edwards III. (1327—1377) massenhaft — unter dem Einfluß der Geistlichkeit und daher zum Teil mit kanonistischer Färbung — in der Form der uses (vom lat. opus, altfrz. os oder oes, in der Wendung ad opus, dann ad opus et ad usum, oder ad usum, Maitland) Verwendung: zur Ermöglichung von Vergabungen an die tote Hand, zum Schutz gegen Konfiskationen, zur Umgehung der Lehnsgebühr, zur Ermöglichung der nach common law unzulässigen letztwilligen Verfügung über Immobilien wurde Immobiliargut zu treuer Hand (under trust) an einen Vertrauensmann (feoffee to the use, trustee) übertragen, derart, daß dem Vergabenden (cestui que use) und seinen Rechtsnachfolgern die Nutznießung blieb. Indem die Chancery die Innehaltung der Zweckbestimmung gegenüber dem Vertrauensmann und allmählich auch gegenüber dessen Rechtsnachfolgern mit Strafe erzwang, bildete sich neben dem legal estate, dem gemeinrechtlichen Besitzrecht des feoffee, ein Billigkeitsrecht (equitable estate v. § 6, 3) des „cestui que use", das man vielfach mit dem römischen bonitarischen Eigentum verglichen hat, und das formlos übertragen werden konnte. Die hiermit natürlich verknüpften Gefahren, denen man schon durch die Mortmain-Gesetze (s. o. 2) entgegengetreten war, führten zu dem wichtigen Statute of Uses von 1535 (27. Heinr. VIII c. 10): danach sollte jeder cestui que use als legaler Berechtigter (in lawfull seisin, estate and possession) betrachtet werden, die uses also aufhören. Indessen hat die Jurisprudenz im Kampf gegen Krone und Lords durch merkwürdige Interpretationskunststücke das Gesetz alsbald umgangen: man nahm an, daß nur der erste use in ein legales Recht verwandelt (executed) sei, daß dagegen ein use upon the use, also ein den ersten cestui que use belastender use, doch einen equitable estate bilde, und nannte ein solches Treuhandverhältnis trust. Damit ermöglichte man das Fortbestehen des formlosen Immobiliarerwerbs. Anderseits beschränkte man das Anwendungsgebiet des Statute of Uses möglichst und versagte ihm die Anwendung insbesondere auf bewegliches Gut, auf zeitlich beschränkte Übertragungen und auf die unten zu erwähnenden special trusts. Nach heutigem, im Anschluß an die Judikatur zum Statute of Uses entwickelten Recht können trusts (nunmehr in allen Gerichten anerkannt) grundsätzlich von jedermann (unmittelbar) errichtet werden, und zwar im allgemeinen formlos (nach dem Statute of Frauds 29 Car. II c. 3 müssen aber alle declarations of trusts or confidences of any land, tenements, or hereditaments manifested and proved by some writing, signed by the party, or by his last will in writing sein); Gegenstand kann grundsätzlich jedes Vermögensrecht sein; man spricht jetzt in allen Fällen von trust und nur noch bei den Treuhandverhältnissen an freehold daneben von use; unzulässig sind trusts z. B. zugunsten unehelicher Kinder in futuro, ferner infolge der Mortmain-Gesetzgebung in vielen, neuerdings aber immer mehr eingeschränkten Fällen zugunsten milder Stiftungen. Der Trustee tritt als vollberechtigt hinsichtlich der ihm

(legal) anvertrauten Vermögensrechte auf, doch *[812]* haften diese heute nicht mehr für seine Schulden; er hat, soweit nichts anderes bestimmt ist, das Vermögen in gesetzlich bestimmter Form anzulegen und zu verwalten (56 and 57 Vict. c. 53 von 1893), er haftet für Verschulden; bei breach of trust durch Veräußerungen des Vermögens entgegen der Zweckbestimmung geht die Klage auch gegen den dritten Empfänger, doch nicht gegen den entgeltlichen bona fide-Erwerber; mit anderen Worten: der trust wirkt in germanischer Weise dinglich. Es können mehrere trustees nebeneinander bestellt sein, die dann füreinander haften, und der cestui que trust kann auch selbst trustee (insbesondere co-trustee) sein. Der cestui que trust kann über das durch die Befugnisse des trustee eingeschränkte Recht grundsätzlich frei verfügen, doch können ihm auch (besonders bei Familienstiftungen häufig) Beschränkungen auferlegt sein. Man unterscheidet simple trusts, bei denen der trustee nur ein „passiver Depositar" ist, während der cestui que trust selbständig die Nutzung zieht, und anderseits special trusts, bei denen der trustee „aktive Pflichten" hat, also selbständig die Nutzung zieht und sie nur dem Destinatär zuzuführen hat; letztere nähern sich unseren Stiftungen (dazu Kohler, Arch. f. B. R. 3 S. 273); und eine besondere Art derselben sind die häufigen discretionary trusts mit weitgehender Bestimmungsgewalt des trustee. Ein Anwendungsfall des trust sind auch die modernen als Trusts bezeichneten Handelsvereinigungen (E. Kempin, Arch. f. B. R. 7 S. 334 ff.). Durch die Judicial trustee act von 1896 und besonders durch die Public trustee act von 1906 (6 Edw. VII c. 55) sind für kleinere Vermögen (und einige andere besondere Aufgaben) amtliche Vermögensverwalter zur Verfügung gestellt, welche namentlich für Minderbemittelte an Stelle der solicitors, in deren Hand überwiegend die treuhänderische Verwaltung auch weiterhin liegt, als Vermögensverwalter fungieren. Nach der Public trustee act wird ein public trustee vom Lordkanzler ernannt, der mit undertrustees Vermögen verwaltet, als custodian trustee und als ordinary trustee fungiert.

Pollock and Maitland II 226 ff.; Blackstone II ch. 7; Stephen, b. II p. 1 ch. 9; Renton, Enc. sub uses und trusts; Lewin, Treatise on the law of trusts, 1911 [12]; Godefroi, Principles of trust, 1907 [3]; Underhill, Trusts 1904 [6]; Pollock-Schuster, Grundbesitz 123 ff.; Holdheim in seiner Wochenschrift III 379 ff. Die hier vertretene Auffassung des trust als germanisches Treuhandverhältnis ist bestätigt durch die wertvollen Ausführungen von Maitland, Trust und Korporation 1904; vgl. E. Heymann, Trustee und Trusteekompany 1911 S. 16 ff. — Zur public trustee act und Verwandtem: Nachod, Treuhänder und Treuhandgesellschaften 1908, Kiep in Schmollers Jahrb. 32 S. 930, E. Heymann, Geschäftsanwälte und Treuhandgesellschaften 1910 S. 8 ff. H. Brinkmann, Altes und Neues über Sammelvermögen 1913 S. 159 ff.

§ 6. Das Sachenrecht.

1. a) Dieses hat die germanische Scheidung zwischen Immobiliar- und Fahrnisrecht schärfer als irgend eines der kontinentalen Rechte bewahrt. Man teilt das Vermögen, property, in Immobiliargut (hereditament, real property, tenement, things held) und Mobiliargut (personalty, personal property, goods and chattels, letzterer Ausdruck von catalla = Vieh). Hereditament, real property zerfällt dabei, entsprechend der römischen terminologischen Scheidung von res corporales und res incorporales (Güterbock, Bracton S. 55), in corporeal und incorporeal hereditaments. Zu den corporeal hereditaments gehören die Grundstücke (land), (richtiger die an diesen begründeten Hauptrechte freehold-estates; s. u.) sowie gewisse immobilisierte Fahrnisstücke, die heirlooms, d. s. der Familienrepräsentation dienende Pertinenzen des manor, der Gutsherrschaft (manerium), z. B. Familiengemälde, Equipagen usw.; anderseits sind incorporeal hereditaments gewisse beschränkte Rechte an Immobilien, „rights and profits issuing out of the land", zerfallend in dingliche Anwartschaften auf corporeal hereditaments, sog. estates in expectancy (s. u. Nr. 5), und die sog. purely incorporeal hereditaments (s. u. Nr. 4 e), gewisse begrenzte dingliche Rechte geringerer Bedeutung, insbesondere Servituten und Reallasten. Das Recht am corporeal hereditament kann man dabei nicht etwa mit unserem Immobiliareigentum identifizieren; es handelt sich vielmehr um verschieden starke Rechte, die freehold-estates (s. u. Nr. 3, 4 a, b), die allerdings sämtlich ein totales Gebrauchsrecht (unbedingt oder bedingt) an der Sache gewähren, aber nur in ihrer stärksten Erscheinungsform, dem fee simple (feodum simplex) — wenn man von dessen

lehnrechtlicher Färbung absieht (s. u. Nr. 2) —, dem Eigentum gleichzustellen sind, wie denn auch schon Bracton nur das feodum simplex als proprietas, dominium bezeichnete, zu seiner Zeit noch nicht einmal mit vollem Recht. Die gemeinsame Eigentümlichkeit aller hereditaments ist die, daß sie der Immobiliarerbfolge an den heir at law unterliegen (s. u. § 8), soweit sie überhaupt vererblich sind (freehold of inheritance im Gegensatz zum fr. not of inheritance, u. Nr. 4 b).

Personal property anderseits umfaßt die chattels personal, d. s. die beweglichen körperlichen Sachen, corporeal chattels, choses in possession, und ferner die choses in action, d. s. ursprünglich die Forderungsrechte auf Sachherausgabe, heute alle Forderungsrechte, ferner die Aktien- und die Erfinderrechte; daneben gehören zur personal property *[813]* die sog. chattels real, gewisse grundsätzlich (z. B. aber nicht im internationalen Privatrecht) dem Mobiliarrecht unterstellte Rechte an Immobilien, nämlich die sog. estates less than freehold, insbesondere Miete und Pacht (u. Nr. 4 c), gewisse genommene Pfänder, insbesondere die Judikatshypothek (estate by elegit, ferner by statute merchant und staple s. u. 4 d a. E.), die Lehnsvormundschaft (wardship) usw. Eigentümlich ist also der englischen Gruppierung vor allem die Aufnahme der heirlooms in das Immobiliargut und die der chattels real in das Mobiliargut.

Pollock and Maitland I ch. 3, II ch. 4; Blackstone, b. II; Stephen, b. II; Th. Littleton, Tenures, french and english, ed. Tomlins, 1841, kommentiert von Coke, Institutes p. I, als Coke upon Littleton ed. (Hargrave and) Butler, 1832 [19]; Williams, Principles of real property, 1910 [20]; Williams, Principles of personal property, 1913 [17]; Smith, Compendium of the law of real and personal property, 1884 [6]; ferner über real property; Goodeve 1906 [5]; Kelke 1907 [4]; Jenks, Modern land law 1899; personal property: Goodeve, 1912 [5]; Kelke 1910 [5]; Gundermann S. 137 ff.; Pollock-Schuster, Grundbesitz in England, 1889; Solly, Grundsätze, l. c., 1853; Güterbock, Bracton, §§ 10—15; Vinogradoff in der Brunnerfestschrift 1910 S. 573 ff. Hazeltine, Geschichte des englischen Pfandrechts S. 39 ff.

b) Das Besitzrecht des englischen Rechts weist durchgängig den Charakter der germanischen gewere (saisina) auf. Während man in der älteren Rechtssprache sowohl bei Immobilien wie bei Mobilien von seisin (saisina) sprach, wird heute nur noch von seisin an freehold (lands, tenements, hereditaments) gesprochen, während man bei allen personal property, also insbesondere bei beweglichen Sachen, estates less than freehold und Rechten von possession spricht, derart, daß man die seisin als einen Fall der possession betrachtet. Doch tritt bei den freehold estates der alte Charakter der seisin besonders stark hervor (vgl. u. Nr. 7). Die possession beruht, der gewere entsprechend, auf der tatsächlichen Gewalt, physical control; der animus tritt demgegenüber zurück. Für possession of land werden exclusive acts of ownership gefordert, und zwar of that character of which the thing iscapable (daher genügt z. B. Schießen auf unkultiviertem Land), für possession of goods ist körperliche Detention erfordert; doch sind sämtliche auf dem Grundstück, auch ohne Wissen des Grundstücksbesitzers befindlichen Mobilien in dessen Besitz (z. B. ein prähistorisches Boot), sofern wirtschaftliche Zugehörigkeit (vgl. Heymann, Traditionspapiere S. 148) ersichtlich ist, so daß z. B. nicht ein Paket Banknoten, das auf den Fußboden eines fremden Geschäftslokals gefallen ist (Bridges v. Hawkesworth), wohl aber das auf dem Ladentisch vergessene Notizbuch des Kunden im Besitz des Geschäftsinhabers ist. Entsprechend der germanischen Anschauung ist Besitzer auch der bailee (vgl. u. § 7 Nr. 2), nicht der Dienstbote oder auch der Gerichtsdiener. Man unterscheidet possession in fact (actual possession), d. h. die tatsächliche Gewalt, und legal possession, die (zu unterscheiden von der lawful possession) unserem mittelbaren Besitz und u. U. der ideellen gewere entspricht: in actual possession ist der Dienstbote, in legal possession ist der Herr, in actual possession sind zwei auf dem Grundstück befindliche streitende Parteien, in legal possession aber diejenige von ihnen, welche den Besitztitel hat. Was die Wirkungen des Besitzes anlangt, so hat das ältere englische Recht, zum Teil unter kanonischem Einfluß, possessorische Besitzklagen entwickelt, sie sind aber im jetzigen englischen Recht fortgefallen (vgl. u. Nr. 10), es gibt keine possessorischen, sondern nur petitorische Klagen, die aber, weil mehrfach auf den bloßen Besitz gestützt und sich gegen den unrechtmäßigen Eingriff richtend, also als Klagen aus dem besseren Besitz, leicht mit possessorischen Klagen verwechselt werden können. Ganz der gewere entsprechend gibt die possession prima facie evidence, eine Vermutung für das Recht, und sie ist ein good title gegen alle, welche kein besseres Recht haben. Durch limitation, Verjährung,

der entgegenstehenden Klage erstarkt die possession (im allgemeinen bei Immobiliarklagen nach 12, bei Mobiliarklagen nach 6 Jahren) zum Recht, so daß wie bei der m. a. Verschweigung die possession (ohne das Erfordernis des guten Glaubens, des Titels usw.) konstitutive Bedeutung für den Erwerb des Vollrechts hat (vgl. oben u. Nr. 8 c die Ausnahme gegenüber dem Grundbuch)). Grundsätzlich ist (vgl. u. Nr. 7 und 8) Besitzübertragung auch Erwerbsform der Sachenrechte. Bei der seisin an freeholds hat der Gedanke der ideellen Gewere (seisin in law im Gegensatz zu der nur actual possession darstellenden seisin in deed) besondere Bedeutung erlangt, und zwar namentlich im Erbrecht; der heir at law hat seisin in law, d. h. presumptive seisin, die er durch entry (s. o. § 4 und 4) zur seisin in deed umgestalten muß; steht aber actual possession eines Dritten, und sei sie auch wrongfull, entgegen, so verliert er die seisin in law. Infolge des Fortfalles der alten Regel seisina facit stipitem (seit der Inheritance act von 1833), wonach nur der in tatsächlicher seisin Befindliche Erbe wurde, kommen die schwierigsten Fragen der seisin nur noch für die Nachprüfung alter Erwerbstitel in Betracht.

Pollock and Wright, Possession in common law 1888; Markby El. ch. IX.; Maitland, L. Q. Rev. 1886, 1885 etc., Sel. Ess. II, 59 ff.; Ames Sel. Ess. II, 541, Holmes (übersetzt von R. Leonhard) S. 208 ff.; R. Leonhard in Gierkefestschrift 1911 S. 19 f.; A. Heusler, Gewere 336 ff; Hazeltine, Geschichte des Pfandrechts S. 46.

2. Tenure. Das Immobiliarrecht hat seine vom kontinentalen sehr abweichende Gestaltung dadurch empfangen, daß seit der normannischen Zeit und grundsätzlich noch heute alles Land als Lehn, tenementum, tenure, behandelt wird (s. o. § 1): nur der König hat Allod, und er ist — unmittelbar oder mittelbar — „Lord Paramount“ of every parcel of land within the realm“. Wie aber schon die nach der Eroberung durch redemption erlangten Besitzungen eigentlich kein Lehn gewesen waren (s. o. § 1 S. 285), hat sich der Gedanke des Allods trotz des Lehnsprinzips immer mehr durchgesetzt und ist heute tatsächlich wieder zur Herrschaft gelangt.

Unter dem Gesichtspunkt der vom Beliehenen zu gewährenden Gegenleistung unterscheidet man im Mittelalter die tenures in Ritterlehn (feuda militaria, military tenures, knights service), in geistliche Güter (in libera elemosyna, später frankalmoign), in freie Bauer- und Bürgerlehn (socagia, free socages, hervorgegangen meist aus den alten kleinen Allodien und nicht mit Kriegsdienst, sondern nur mit Rente belastet) und in den Hintersassenbesitz (villenagia), seit Anfang des 15. Jahrhunderts als copyhold bezeichnet (nach der Abschrift copy über die Eintragung in die Gutsrolle des manor). Besonders geartete Fälle des socagia sind übrigens tenures of ancient demesne an den alten Krongütern, die alte städtische Hausleihe (bourgage tenure mit ihrer Unterart borough english) und der partikulär gefärbte gavelkind in Kent. — Besonders für die Ritterlehn und die socagia wurden die Lehnslasten allmählich sehr gesteigert; neben der Heerfahrt des Ritters lasteten auf ihm als sog. incidents: Hoffahrt (suit of court, als deren besondere Fälle die grand und petty serjeanty erscheint), Lehnseid (fealty), Huldigung (homage) und laudemium (relief and primer seisin), ferner das Recht des Herrn auf Hilfsgelder (aids), besonders schwer empfunden sein Recht auf Erteilung des Heiratskonsenses (marriage) und auf Führung der Lehnsvormundschaft (wardship), sowie schließlich das Recht auf den Heimfall (escheat); die socagia anderseits sind belastet außer mit der Rente (der grundsätzlichen Hauptlast, an deren Stelle aber auch freie Dienste oder sogar der bloße Treueid stehen können), als incidents mit suit of court, fealty, relief, aids und escheat, während marriage und wardship hier fortfielen.

Die erste starke Einschränkung erhielt das Lehnssystem schon 1290 durch das statutum quia emptores (18 Edw. I c. 1), welches für feodum simplex unter Zurückdrängung der subinfeudatio die freie Veräußerlichkeit schuf, und dessen Grundgedanken dann unter Edward III. und später durch 12 Karl II. c. 24 voll durchgeführt wurden. Anderseits wurden die feudalen Lasten 1660 durch das ebenerwähnte Statut 12 Karl II. c. 24 im großen und ganzen beseitigt: der Heer- und Hofdienst, sowie die an Stelle des Heerdienstes vielfach gezahlten Schildgelder (scutagia) wurden aufgehoben, ebenso die incidents der Ritterlehen, und diese wurden sämtlich in socagia, „free and common socage“ verwandelt (vom 24. Febr. 1645 an); bestehen blieben nur die Leistungen der grand serjeanty (Ehrendienste bei der Person des Königs, besonders auch bei der Krönung); die free socages anderseits wurden gleichzeitig von den aids

befreit. Die heutige Gestaltung ist infolgedessen *[814]* die, daß die den unfree tenures, d. i. dem copyhold gegenüberstehenden free tenures (auch freehold genannt; vgl. aber über den technischen Begriff freehold unten Nr. 3) in der Hauptsache sich als free socage darstellen, da die tenures by grand serjeanty praktisch keine erhebliche Bedeutung haben und die geistlichen tenures by frankalmoign (die 1660 ebenfalls unberührt blieben, aber bereits seit 1290 nicht mehr von Untertanen begründet werden können) nur für Kirchengüter und Wohlfahrtseinrichtungen in Betracht kommen; die free socages sind noch heute mit einer fixierten Rente und den sonstigen incidents belastet; doch ist die Rente nur noch ein Rekognitionszins, das relief beim Tode des tenant ist nur in Höhe eines Jahresbetrages dieser Rente zu leisten, suit of court ist in aller Regel unpraktisch geworden, der Treueid wird nicht mehr geleistet, und da das Heimfallsrecht (escheat), abgesehen vom Falle erblosen Todes, beseitigt ist (besonders durch Gesetze von 1814 und 1870), ist das in freesocage befindliche Land tatsächlich von den alten Lasten fast ganz befreit.

Das copyhold auf der anderen Seite trägt noch heute Merkmale des Hörigkeitsverhältnisses: als copyhold ist derjenige Teil eines manor, d. i. einer Gutsherrschaft alten Stils (Neubildungen seit dem Statut quia emptores grundsätzlich untersagt), parzellenweise zur bäuerlichen Bestellung ausgeliehen, der nicht (als demesne, dominicum) in Eigenwirtschaft steht; die Verleihungen sind in der Rolle des Hofgerichts (manorial court) verzeichnet, und die Besitzverhältnisse richten sich im einzelnen nach den Gewohnheiten des manor; der copyholder hat gewöhnlich weder die Nutzung des Waldes noch das Bergbaurecht auf seinem Grundstück, er zahlt einen Zins (heute meist Rekognitionszins), er hat Gebühren (fines) bei einer (ihm freistehenden) Veräußerung und beim Mannfall (selten beim Herrenfall) zu zahlen, denen sich beim Mannfall das Besthaupt (heriot) zuzugesellen pflegt, er ist zu fealty and homage sowie zum Gerichtsdienst im Hofgericht verpflichtet und verwirkt bei Pflichtverletzungen sein Gut. Copyhold kann grundsätzlich nicht mehr neu begründet werden; dagegen ist umgekehrt Verwandlung in free socage möglich, und die Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts (seit 1841, abgeschlossen durch die Copyhold Act von 1894, 57 and 58 Vict. c. 46) hat sowohl dem Herrn wie dem copyholder ein Recht auf die Ablösung (enfranchisment) gegen Entschädigung gewährt. Zu den copyholds im weiteren Sinne rechnet man heute auch die dem copyhold entsprechend behandelten sog. customary freeholds und das ancient demesne. — Die alte lehnsrechtliche Verwirkung (forfeiture), die bei jeder Art von tenure im Falle von treason und felony galt, ist heute im allgemeinen beseitigt und nur noch bei der tatsächlich unpraktischen Ächtung (outlawry) in Geltung. —

Gegenstand einer tenure kann nicht nur land sein, sondern jedes Tenement, d. i. außer land „rents, commons, and other rights and interests issuing out of or concerning land". Für land wird von der Jurisprudenz der Satz aufgestellt: cuius est solum, eius est usque ad coelum (vgl. aber Aerial Navigation Act 1911, 1, 2 Geo. V c. 4), und entsprechend soll die Herrschaft bis zum Mittelpunkt der Erde reichen; doch bestand (spätestens seit der Eroberung) das königliche Bergregal, das erst allmählich durch Parlament und Judikatur auf Gold und Silber beschränkt worden ist, während grundsätzlich der (unserm Eigentümer entsprechende) Inhaber des fee simple das Recht auf den Abbau der base minerals hat; der tenant for life oder for years (vgl. unten Nr. 4) hat prima facie nicht das Recht, neue Minen zu eröffnen, kann aber die vorhandenen abbauen; Vertragsbedingungen und lokale Gewohnheiten begründen Abweichungen; Erdoberfläche und Bergwerk (Mine) können daher in verschiedener Hand sein. Zum Bergrecht, insbesondere zum Bergarbeiterrecht, jetzt besonders die Statuten Victoria 35, 36 c. 77 (1872); 38, 39 c. 39 (1875); 50, 51 c. 58 (1887); 57, 58 c. 42 und c. 52 (1894); 59, 60 Vict. c. 43 (1896); 3 Edw. VII c. 7 (1903); 8 Edw. VII c. 57 (1908). Coal Mines Consolidation Act 1, 2 Geo. V c. 50 (1911) usw.

Bestandteile des land sind die mit dem Boden fest verbundenen Gegenstände, die fixtures, doch können die removable fixtures (im Gegensatz zu den irremovables, den nicht leicht trennbaren) vom Mieter, vom Mobiliarerben usw. entfernt werden. Darüber Kohler, Dogm. Jahrb. 26, 1 ff., 165 ff., Biermann, daselbst 34, 244 ff. Von den fixtures, die teils unseren Grundstücksbestandteilen, teils unseren Pertienzen entsprechen, werden unterschieden die emblements, d. s. die durch dauernde menschliche Kulturarbeit erzeugten Früchte (Feldfrüchte, Gemüse, Hopfen, dagegen nicht Baumfrüchte), sie sind personal property und

gehören nach dem germanischen Prinzip „wer säht, der mäht" dem Besteller, insbesondere dem tenant, gehören zu dessen Mobiliarnachlaß und unterliegen seit 1737 (Distress for rent act) dem Pfändungsrecht des Landlord (vgl. oben § 4 Nr. 3, unten Nr. 4c, Biermann l. c. 269). — Beschränkungen des Eigentums brachten die Ancient Monument Protection Acts von 1882, 1900 und 1910, jetzt Ancient Monuments Consolidation and Protection Act 1913, 3/4 Geo V c. 32.

Pollock and Maitland III S. 205 ff.; Blackstone II ch. 4—6, cf. 11; Stephen, b. II p. 1 ch. 2 ff. p. II ch. 8; Littleton s. o. zu Nr. 1; Wright, Introduction to the law of tenures, 1792 [4]; Gilbert, Law of tenures, 1824; Elton, Treatise on copyholds, 1893; Brown, Law of fixtures 1881 [4] Screven, Law of copyhold 1896; Vinogradoff, Villainage in England, The growth of the Manor, English society in the eleventh century; Hazeltine, Geschichte des englischen Pfandrechts S. 42 ff. — Zum Bergrecht: Mac Swinney, Law of Mines 1912 [4]; Bainbridge-Brown, Law of Mines 1900 [5]; Hatschek, Staatsrecht I S. 644. — Hazeltine, Law of the air 1911. — S. Wright, Fixtures 1912 [4].

3. Die Estates. Das System der einzelnen Immobiliarrechte ist dadurch abweichend vom kontinentalen gestaltet, daß einerseits — wie das eben Gesagte ergibt — das englische Immobiliarrecht infolge seines Ursprungs aus dem Lehnrecht grundsätzlich nur dingliche Rechte an fremder Sache (genauer: beschränkte dingliche Rechte) kennt, und daß anderseits alle diese Rechte unter den einheitlichen Begriff des estate (estate in land, status, état. Besitzstand) gebracht *[815]* werden. Estate „bezeichnet jedes Verfügungs- und Benutzungsrecht an Grund und Boden, von welchem Umfange immer" (Gundermann); dabei fallen unter den Begriff des estate nicht nur diejenigen Rechte, welche (unbedingt, unbefristet oder in den verschiedensten Abstufungen bedingt oder befristet) die „volle Eigentumsausübung" gewähren, sondern grundsätzlich auch die incorporeal hereditaments, welche nur Teilbefugnisse, einzelne Nutzungen bieten; diese letztere Kategorie wird aber nach germanischer Art vorzugsweise (unter dem Gesichtspunkte des unkörperlichen Gutes) als Gegenstand von estates verschiedenster Abstufung betrachtet, und die Besitzstände, estates, sind infolgedessen (entsprechend dem kontinentalen Gewerесystem in seinen Anfängen) in der Hauptsache als Spezialfälle eines qualitativ einheitlichen, dinglichen Herrschaftsrechts an Immobilien zu bezeichnen. Der Aufbau ist dann folgender: man unterscheidet vor allem freehold estates (freehold im eigentlichen technischen Sinne, liberum tenementum, frank tenement, der eines Freien würdige Besitzstand, Hauptrechte, Vollrechte) und estates less then freehold (Realrechte niederer Bedeutung und daher chattels real); Unterscheidungsmerkmal ist die Dauer der Rechte (quantity of interest), insofern freehold stets von unbeschränkter oder doch von unbestimmter Dauer sein muß, während die chattels real Rechte von bestimmter Dauer (und wenn auch für 1000 Jahre) darstellen; dieser Kategorie tritt hinzu die Kategorie der estates upon condition (conditional estates); es sind das bedingte Besitzstände der beiden ersten Arten; grundsätzlich stehen sie also nicht im Gegensatz zu diesen (Stephen-Blackstone, ch. VI init.), wohl aber dadurch, daß einzelne Anwendungsfälle sich zu besonderen wichtigen Rechtstypen entwickelt haben; als vierte Kategorie werden die incorporeal hereditaments genannt, als Immobiliarrechte geringsten Umfangs, die im Gegensatz zu den vorgenannten Klassen eben nicht die volle Sachherrschaft, auch nicht bedingt, gewähren.

Unter einem ganz anderen Gesichtspunkt, nämlich dem des Zeitpunkts des Genusses, unterscheidet man die estates in possession, in deren Genuß sich der Berechtigte in praesentia befindet, und estates in expectancy, deren Genuß er erst künftig erlangen soll, also bloße Anfallsrechte (s. u. Nr. 5).

Schließlich werden unter einem dritten Gesichtspunkt die estates nach der Zahl der Berechtigten (tenants) gruppiert in Einzelrechte (severalty) und Rechte mehrerer, die sich wieder spalten in joint tenancy, coparcenary und tenancy in common (s. u. Nr. 6).

Dem Dualismus von common law und equity (o. § 2 sub 2 b) entspricht die Unterscheidung von legal und equitable estates; unter letzteren haben die größte Bedeutung das Recht des cestui que use (o. § 5 Nr. 3), sowie die equity of redemption des mortgagor (u. Nr. 4 d).

4. Die einzelnen Estates. Unter den einzelnen, nach dem ersterwähnten Gesichtspunkt der quantity of interest gruppierten dinglichen Rechten steht im Vordergrund das freehold als freehold of inheritance und not of inheritance.

a) Der Hauptfall des vererblichen freehold, das Grund- und Fundamentalrecht des englischen Sachenrechts, das fee simple (fee absolute, feodum simplex) entspricht heute tatsächlich unserem Eigentum. Die fast völlige Beseitigung der Lehnslasten ist bereits erwähnt, ebenso die Einführung der freien Veräußerlichkeit, 1290 (s. o. Nr. 2); die freie Vererblichkeit durch letztwillige Verfügung wurde durch das Statute of wills 32 Heinrich VIII. c. 1 und 34 Heinrich VIII. c. 5 eingeführt; anderseits ist das gesetzliche Erbrecht nicht auf eine bestimmte Erbenklasse beschränkt, sondern alle als heir-at-law in Betracht kommenden Personen sind nach der gesetzlichen Ordnung berufen, so daß erst bei Erschöpfung aller Erbklassen Heimfall (escheat) eintritt, und zwar regelmäßig an die Krone, da ein anderer Verleiher fast niemals mehr zu ermitteln ist. Für die gesetzliche Erbfolgeordnung hat sich das Prinzip der Individualsukzession, und zwar der Primogenitur erhalten: Immobilien gehen zunächst auf den ältesten Sohn über (s. u. § 8).

Vererbliches freehold sind weiterhin fee simple qualified (oder fee base) sowie fee-tail; hier bestehen aber Beschränkungen der Sachherrschaft: das erstere ist unter einer Resolutivbedingung verliehenes fee simple (z. B. solange der Erwerber oder seine Erben ein anderes Gut besitzen, solange St. Pauls steht); bei fee tail (feodum talliatum = restrictum) entail, dem Stammgut, ist *[816]* die Erbfolge auf die Erben des Erwerbers in gerader Linie beschränkt, und das Gut fällt in Ermanglung solcher an den Verleiher zurück (the estate ceases). Das fee tail ist vor allem die Form für die vielerörterten englischen Fideikommisse geworden (vgl. die Darstellungen bei Pollock-Schuster l. c., ferner bei L. Brentano, Die Entwicklung des englischen Erbrechts; M. Wolff, Neugestaltung des Fideikommißrechts 1904 S. 26 ff. Frommhold, Einzelerbfolge in Familiengüter im englischen und schottischen Recht, Sav. Z. germ. Abt. 1912 S. 86 ff., usw.). Von den Grundherren bei ihren Lehnsvergabungen dem feodum simplex wegen des leichteren Heimfalls vielfach vorgezogen, konnte das fee tail ursprünglich allerdings vom Vasallen bei der Geburt eines Leibeserben frei veräußert und damit zum feodum simplex umgestaltet werden; indessen setzten die Barone unter Eduard I. das statutum de donis conditionalibus von 1285 (II. Westminsterstatut) durch, wonach durch Veräußerungen des Vasallen weder das Heimfallsrecht (reversion) des donor, noch die Rechte der Lehnsdeszendenz gekränkt werden konnten. Damit aber wurde das fee tail die Form für die Familienbesitzungen des englischen Adels überhaupt, der durch sie der Krone gesichert gegenüberstand: ebensowenig wie durch Veräußerungen konnte durch Verwirkung bei Hochverrat oder durch Belastungen mit Schulden, insbesondere mit solchen aus rechtswidriger Amtsführung, der jeweilige Inhaber die Familiengenossen beeinträchtigen. Das allmählich erstarkende Königtum suchte daher mit Hilfe des Reichsgerichts die Fideikommisse wieder zu entfesseln, und dies gelang seit der Zeit Eduards IV.: in dem berühmten Taltarum's case von 1472 wurde anerkannt, daß der tenant in tail, der jeweilige Fideikommißbesitzer, durch den Scheinprozeß der sog. common recovery sowohl der Deszendenz wie dem donor das entail versperren (bar) und dieses in fee simple verwandeln kann; entsprechend wurde auch eine Aussperrung der Deszendenz allein (unter Wahrung der Rechte des donor) mittels des prozessualen Aktes des fine (finis litis) von der Praxis zugelassen. Seit Heinrich VIII. ist auch die endgültige Verwirkung wegen Hochverrats möglich (seit 1870 allerdings unpraktisch); ferner wurde die unbeschränkte Verhaftung für Forderungen der Krone ebenfalls von Heinrich VIII. festgelegt; seit Jakob I. fällt das entail sogar in die Konkursmasse des jeweiligen Inhabers, und in neuester Zeit ist sogar die Exequierbarkeit von Judikatsschulden in das entail zu Besitzzeiten des Schuldners schlechthin durchgeführt; die bizarren Scheinprozeduren der recoveries und fines endlich sind 1833 durch die Act for the Abolition of Fines and Recoveries beseitigt worden: durch einfachen, beim Reichsgericht zu registrierenden Akt (disentailing deed) kann der tenant in tail das Stammgut in fee simple umwandeln; ausgenommen sind nur einige wenige Fälle, insbesondere gewisse Kronlehn und vor allem die „estates tail after possibility of issue exstinct" (d. h. wenn Geburt folgefähiger Deszendenz ausgeschlossen ist, was besonders praktisch wird, wenn das entail — als sog. e. special — zugunsten der Deszendenz von einer bestimmten, nun verstorbenen Frau verliehen ist). Trotz dieser Entfesselung sind die Fideikommisse in England aber bekanntlich nicht verschwunden; vielmehr hat nach der Vertreibung der Stuarts das Bedürfnis der zur Herrschaft gelangten gentry nach gesichertem Familienbesitz zu einer Neubelebung ge-

führt (heute sind zirka zwei Drittel des vereinigten Königreichs entail), und zwar waren es die Juristen (Orlando Bridgman), welche unter Verwendung des gegebenen Rechtszustandes eine sinnreiche und schmiegsame Form für die Errichtung von Familienstiftungen, nun settlements genannt, ersannen: der Stifter, gewöhnlich der Vater des zunächst Bedachten, verleiht diesem, dem Sohne, das Gut zum bloßen lebenslänglichen Nießbrauch (estate for life), dessen erstgeborenem Sohn aber als fee tail; hier kann erst dieser Enkel, und zwar erst wenn er tenant in tail geworden ist, also erst nach seines Vaters Tode (vorher nur mit Genehmigung des sog. protector of the settlement, eines Vertrauensmanns des Stifters), das entail zum fee simple machen; tatsächlich zieht er es aber schon im Augenblick der erreichten Volljährigkeit vor, mit dem Vater gegen Gewährung einer Leibrente einen Vertrag dahin zu schließen, daß die Stiftung wieder auf drei Leiber, nämlich für seinen Vater, ihn selbst und seinen künftigen Sohn, erneuert wird. So wird das Fideikommiß von Generation zu Generation nach Bedürfnis neu gestiftet, und jedesmal können Modifikationen, besonders zugunsten jüngerer Geschwister und der Witwe, getroffen werden.

b) Nichtvererbliches freehold (fr. not of inheritance) entsteht durch Rechtsgeschäfte (conventional) oder tritt von Gesetzes wegen auf Grund anderer Tatbestände ein (legal); bei *[817]* der ersteren Gruppe handelt es sich hauptsächlich um Vergabungen auf Lebenszeit des Empfängers, also um den eben schon beim entail erwähnten Fall des estate for life; daneben erscheinen auch Vergabungen auf Lebenszeit eines Dritten (estate pur autre vie). Ein estate for life gewährt auf Lebenszeit das volle Herrschaftsrecht, der Leibzüchter ist aber, ohne übrigens kautionspflichtig zu sein, den Anfalls- und Heimfallsberechtigten verantwortlich für waste (voluntary und permissive) und hat anderseits an dem Gute, dem settled land, das Recht der Verfügung und Belastung, insbesondere der Verpachtung, nur im Rahmen seines Rechts; indessen sind in letzterer Beziehung durch die settled estate act von 1877 und die settled land act von 1882 im Interesse der Landeskultur und einer freieren Gebarung der Fideikommißinhaber, die ja nach dem oben Gesagten in aller Regel ihr Familiengut in der Form der Leibzucht nutzen, sehr weitgehende Erleichterungen gewährt worden; danach kann im Prinzip der rechtliche Bestand des Guts angegriffen werden, wenn nur der Wert des Rechts (durch entsprechende Meliorationen) dem Sukzessor erhalten bleibt (cf. Pollock, Grundbesitz S. 248). — Als legal estates for life kommen in Betracht die estates by the courtesy of England, in dower und of tenant in tail after possibility of issue exstinct; der letztere Fall ist bereits oben beim entail erwähnt; die beiden ersten gehören dem ehelichen Güterrecht an, und zwar ist die courtesy of England das Leibzuchtrecht des Mannes am gesamten Immobiliarnachlaß der Frau bei beerbter Ehe, dower (doarium, dos) die gesetzliche Leibzucht der Frau an einem Teil (maximal $1/3$) der Immobilien des verstorbenen Mannes (s. u. § 9).

c) Eine untergeordnete Art der estates bilden, als estates less then freehold, die drei Formen der estates at will, estates by sufferance und estates for years; sie sind chattels real (s. o. u. 1) und unterstehen im Gegensatz zum freehold dem Mobiliarrecht, was praktische Bedeutung besonders für die rechtsgeschäftliche Begründung dieser Rechte (nicht livery of seisin, sondern formloser Vertrag, neuerdings deed, d. i. gesiegelter Vertrag), für ihre Vererbung und in Einzelpunkten auch für ihre Verfolgung hat. Der tenant at will steht in einem dinglichen, aber sowohl von seiner Seite wie seitens des Vergabenden jederzeit willkürlich lösbaren Verhältnis zum Gut; doch gilt zu seinen Gunsten gegenüber dem Herrn der Satz: „wer sähet, der mähet", und anderseits kann er nicht durch vorzeitige Aufgabe des Gutes der Zahlung der laufenden halb- oder vierteljährlichen Zinsraten sich entziehen. Charakteristisch für das englische Immobiliarrecht ist, daß sogar der tenant at sufferance einen estate, also ein dingliches Recht hat, obwohl es sich dabei nur um Personen handelt, welche über die Dauer eines ihnen eingeräumten, zeitlich begrenzten Rechts hinaus in possession geblieben ist; freilich kann dieser tenant jederzeit entfernt werden, doch unterliegt er nicht der trespass-Klage (u. Nr. 8). Weit wichtiger als diese beiden Arten der chattels real aber sind die estates for years, seit dem 12. Jahrhundert als beneficial leases erscheinend; in ihrem Wesen von einheitlicher Gestaltung, zerfallen sie in der praktischen Anwendung doch wieder in zwei Gruppen. Einerseits stellen sie die regelmäßigen Formen der englischen Immobilienmiete und -pacht (lease) dar; hier wird der estate auf eine mäßige Anzahl von Jahren begründet: die Gebäude-

miete vielfach auf 99 Jahre, neuerdings auf 80 Jahre, die Landpacht auf 21 Jahre oder sehr häufig from year to year, d. h. mit Kündigung von Jahr zu Jahr (mit stillschweigender Verlängerung bei Nichtvornahme der halbjährigen Kündigung) sowie auch auf weniger als ein Jahr, bei Bergwerken auf 60 Jahre; doch gehören hierher auch die städtischen Mietsverhältnisse von Häusern und Etagenwohnungen (flats, residential flats). So ist für die Immobiliarmiete und -pacht in England die dem germanischen Recht eigentümliche Dinglichkeit restlos durchgeführt (und zwar mit lehnrechtlichem Einschlag, dem die Bezeichnung landlord and tenant entspricht); wegen der trotzdem bestehenden Härten für den Pächter, und auch für den städtischen Mieter, hat das Pacht- und Mietsrecht in der sozialen Entwicklung namentlich im 19. Jahrhundert eine große Rolle gespielt, war Gegenstand der rechtsphilosophischen und politischen Erörterung und der Agitation (vgl. Jäger o. § 1 a. E.; Heymann, Jhrb. f. Gsg. 1911 S. 1491, 1492), und hat im Laufe des Jahrhunderts eine Reihe wichtiger gesetzgeberischer Eingriffe hervorgerufen. Der leaseholder (lessee, termor) hat ein dingliches Recht, das gegen jeden Dritten wirkt, insbesondere auch gegen den neuen Erwerber des Grundstücks; Kauf bricht nicht Miete (an Stelle der von der romanisierenden Jurisprudenz des 12. Jahrhunderts ausschließlich gewährten persönlichen action of covenant gibt man dem Pächter seit dem 13. Jahrhundert die dingliche actio quare ejecit infra terminum und allmählich die trespass Klage de ejectione firma, vgl. u. Nr. 8); früher war sogar zur Übertragung der Rechte des veräußernden landlord auf einen neuen Erwerber (asignee of the reversion) die Zustimmung der leasehoulder nötig (attornment), da niemand ohne seinen Willen der Vasall eines anderen werden kann; dies ist aber zum Teil durch 32 Henr. VIII c. 34, grundsätzlich durch 4 Anna c. 16 (1705) aufgehoben und damals durch bloßen Benachrichtigungszwang ersetzt. Der leaseholder unterliegt dem strengen außergerichtlichen Selbstpfändungsrecht des Vermieters bzw. Verpächters mit Verkaufsbefugnis (distress, vgl. o. § 4 Nr. 3), dieses ergriff früher auch die eingebrachten Sachen des Untermieters, was erst durch die Lodgers good protection act 1871 in der Hauptsache, in seinen Resten erst 1908 beseitigt wurde (Law of distress amendment act 1908, 8 Edw. VII c. 53). Das übertrieben strenge Abtreibungsrecht (forfeiture, eviction) beim geringsten breach of contract des tenant wurde 1859 eingeschränkt und 1881 (Conveyancing and law of property act 44, 45 Vict. c. 41 s. 14) im wesentlichen beseitigt. Der leaseholder muß die Regel superficies solo cedit gegen sich gelten lassen; ein Anwendungsfall sind die großstädtischen building leases, d. h. die Verpachtung großstädtischer Grundstücke an Bauunternehmer zur Besetzung mit Gebäuden, die nach 99 Jahren in möglichst zerfallenem Zustande dem Verpächter verbleiben; doch kann der tenant namentlich die agricultural fixtures (vgl. o. Nr. 2) nach Zahlung des Zinses und Anzeige an den landlord entfernen (seit 14, 15 Vict. c. 25 s. 3, Agricultural holdings act 1883; 46, 47 Vict. c. 61 s. 34, jetzt Agricultural holdings (consolidation) act 1908, 8 Edw. VII c. 28 s. 21). Ein Ersatzrecht des tenant für Meliorationen (improvements) fehlte lange völlig, erst durch die Agricultural holdings acts von 1875, 1883, 1900, 1906 wurde es geschaffen und ist jetzt eingehend in dem soeben erwähnten Gesetz von 1908 geregelt; der landlord muß Ersatz für die unexhausted improvements leisten, wobei ein landlord, welcher nur tenant for life ist (insbesondere also der Fideikommißbesitzer) für die Auslage ein Pfandrecht am Gut erwirbt (vgl. auch town tenants act Ireland 1906 c. 56). Im Zusammenhang mit alledem stehen übrigens die nicht sehr erfolgreichen Bemühungen (Gesetze von 1887, 1890, 1892, 1894, 1907, konsolidiert in Small Holdings and Allotments act 1908, 8 Edw. VII c. 36) um Schaffung eines selbständigen ländlichen Kleinbesitzes. (Zum Miets- und Pachtrecht: Woodfall 1912 [19], Foa 1914 [5], Redman 1912 [6], J. W. Smith 1882 [3], sämtlich unter dem Titel Landlord and tenant; Renton s. o., Hazeltine, Geschichte des Pfandrechts S. 45 ff.; Underhill, Century of law reforms S. 315 ff.; Prochownick, Bl. f. vgl. R.W. VII S. 83; Köppe, Zbl. für Bodenreform 6 S. 9; Pesl, Erbbaurecht 1910; A. Weber, Arch. Soc. Wiss. 20, 80 ff.) Auf der anderen Seite werden die estates for years, besonders bei Familienstiftungen, zu Sicherungszwecken verwendet: ein estate for years wird auf 300, 400, 999, 1000 *[818]* Jahre für trustees bestellt, welche aus dem Erlöse eine Rente auszahlen, den Rest dem Eigner des Grundstücks belassen; das Verhältnis kann außer durch Erledigung des Stiftungszwecks vor allem durch Konsolidation (merger) enden.

d) Unter den bedingten estates (e. upon condition) hat sich vor allem das mortgage, das Pfandrecht, zu einem besonderen Rechtsinstitut ausgewachsen. (Zur Geschichte besonders Hazeltine, Geschichte des englischen Pfandrechts, bes. S. 139—145, 201 ff.; dazu Heymann, Sav. Z. 1909 S. 493 ff.; Haff, KrVSchr. 3 F, 13, 300 ff.; Hazeltine, Gage of Land in Sel. Essays II, 644). Obwohl schon dem angelsächsischen sowie dem anglonormannischen Recht ein als dingliches Recht an fremder Sache erscheinendes Nutzungspfand nach Art der deutschen älteren Satzung bekannt ist, hat sich doch das geltende englische Pfandrecht aus dem ebenfalls früh auftretenden Proprietätspfand, der Sicherung durch resolutiv bedingte Übereignung, entwickelt. Dieses resolutiv bedingte Proprietätspfand drängte die in den Rechtsbüchern Glanvillas und Braktons erscheinenden Formen suspensiv bedingten Proprietätspfands zurück, und eine Fortentwicklung des resolutiv bedingten Proprietätspfands ist auch das (neben den pfandartigen charges, liens, burdens und encumbrances) allmählich erscheinende besitzlose englische Immobiliarpfand. Für dieses haben Bahn gebrochen die auf amtlicher Protokollierung beruhenden Verpfändungsformen des Juden-Pfandes, der Verpfändung durch recognizance (d. h. vertragsmäßige Schaffung der Fronungswirkung durch contract of record) und der besonderen kaufmännischen recognizance-Formen von statute staple und statute merchant (vgl. oben § 1 Nr. 3). Indessen ist das besitzlose Pfand nicht eine einfache Fortbildung dieser Übergangsformen, sondern entstand unter deren Druck zu Ausgang des Mittelalters dadurch, daß man beim resolutiv bedingten Proprietätspfand dem Schuldner prekaristisch den Grundstücksbesitz überließ. Die so entstandene englische Hypothek trägt daher noch heute die Spuren ihrer Entwicklung aus dem alten resolutiv bedingten Proprietätspfand.

Das moderne Immobiliarmortgage stellt sich dementsprechend dar als die formgerechte Übertragung des Immobiles an den Gläubiger (mortagee) mit der Beredung, daß es bei rechtzeitiger Zahlung der Schuld an den Verpfänder (mortgagor) zurückfällt, sowie mit der weiteren Beredung, daß der Schuldner bis zum Stichtage im Besitze des Pfandes bleibt. Das schwer zu konstruierende Verhältnis (vgl. dazu Franken, Franz. Pfdr. 163 [1]; Brunner, Sav.-Z. 17, 132) entspricht praktisch einer Hypothek mit Verfallklausel. Doch ist diese gemeinrechtliche harte Form seit der Zeit Jakobs I. allmählich durch das Equity-Recht, allerdings in sehr verwickelter Weise (s. die Beurteilung bei Pollock, Grundbes. 181) gemildert worden: der Schuldner hat auch nach dem Verfalltage die „equity of redemption", das unverzichtbare Recht auf Wiedereinlösung des verfallenen Pfandes durch Zahlung der Schuld, und zwar 12 Jahre (vor 1874 20 Jahre), gerechnet von der (bei Nichtzahlung am Stichtage an fakultativen) Besitzergreifung des Pfandes durch den Gläubiger oder auch von einem bloßen Anerkenntnis an; der Gläubiger wiederum ist ebenfalls 12 Jahre lang (von der letzten Teilzahlung an) zur Besitzergreifung berechtigt; er kann außerdem aber auch innerhalb der Redemptionsfrist — bei Nichtzahlung von Kapital bzw. Zins innerhalb reasonable time — ein judgement for foreclosure erwirken, welches (bedingt, d. h. bei Nichtzahlung innerhalb kurzer Frist, als „rule nisi") den Verfall ausspricht, und an dessen Stelle auch der Verkauf des Pfandes angeordnet werden kann. Letzteres Ergebnis kann übrigens auch durch eine von vornherein in den Vertrag aufgenommene Distraktionsklausel (power of sale) erreicht werden. — Dem Schuldner wird bis zur endgültigen Lösung des Verhältnisses nur ein equitable estate neben dem legal estate des Gläubigers zugesprochen; dieser ist legaler Eigentümer, der Schuldner ist Eigentümer nach Billigkeitsrecht, was das Verständnis für den kontinentalen Juristen sehr erschwert, aber unter Zugrundelegung kontinentaler Auffassungen der Statuierung eines bloßen ius in re aliena des Schuldners entsprechen würde (Heymann, Trustee S. 27). Kraft dieses equitable estate ist es dem Schuldner aber dauernd möglich, weitere Pfandrechte — und zwar formlos, insbesondere durch bloße Hinterlegung seiner Erwerbsurkunden — zu bestellen, so daß also immer nur der erste Pfandgläubiger ein legal estate, die folgenden nur equitable mortgages haben. Für den Rang der Pfandrechte gilt der Satz prior tempore potior iure. An Offenkundigkeit des Pfandrechts fehlte es bisher; doch bietet das im Entstehen begriffene englische Grundbuch neuerdings die Möglichkeit einer Registrierung (s. u. Nr. 7) und das mortgage nähert sich dadurch unserer Hypothek (der allerdings die registrierten charges als iura in re aliena noch mehr ähneln). Zum Schutz gegen heimliche Pfandbestellungen besteht

zudem das eigentümliche Recht des tacking: ein nachstehender Pfandgläubiger hat das Recht, den ersten Pfandgläubiger auszuzahlen und damit unter Verdrängung aller ihm unbekannt gewesenen Zwischenhypotheken mit seiner eigenen Forderung an die erste Stelle zu rücken, ebenso wie der erste Pfandgläubiger selbst, sofern er von nachfolgenden Hypothekaren nichts wußte, jederzeit durch Neukreditierung an den Schuldner seine Hypothek zum Schaden der Nachhypothekare erweitern kann (vgl. Salomonsohn, Der ges. Schutz der Baugläubiger S. 27 ff.).

Als nicht „gesetztes, sondern genommenes mortgage" (Franken) erscheint (seit dem II. Westminsterstatut Edwards I.) der estate by elegit, d. i. die durch Einweisung seitens des Sheriffs entstehende Judicatshypothek am schuldnerischen Immobiliarvermögen —, und zwar seit 1 and 2 Vict. c. 110 am ganzen, früher nur am halben Vermögen (vgl. Schuster, Rechtspflege 216). Das vifgage, das besonders als sog. welsh mortgage auftretende Nutzungspfand mit Amortisationswirkung, ist heute nicht mehr üblich, ebensowenig seine alten „genommenen Nebenformen", die estates by statute merchant und by st. staple, die ursprünglich zur Sicherung von Handelsforderungen, seit Heinrich VIII. zur Sicherung auch anderer Forderungen bestimmt waren.

e) Von den incorporeal hereditaments (o. Nr. 1 und 3) sind hier — im Gegensatz *[819]* zu den bloßen Anwartschaften — die purely inc. her. zu erwähnen, dingliche Rechte, welche nicht die volle Sachnutzung gewähren. Es handelt sich dabei zunächst um die Prädialservituten; diese sind entweder easements, welche lediglich zur Benutzung des fremden Grundstücks berechtigen (rights of way, light etc.) oder profits à prendre, welche zugleich zur Substanzentnahme berechtigen. Zur letzteren Kategorie pflegte man die commons zu rechnen, die alten genossenschaftlichen Mitgliedsrechte bzw. mitgliedschaftlichen Sonderrechte auf Weide (pasture), Fischerei in Privatgewässern (piscary), Holzung (estover, estouvier) usw.; seit dem Statut von Merton (20 Henr. III. c. 4, 1236) hatten die Gutsherren das gefährliche Recht, durch Einhegungen (inclosure) die commons (of pasture) zu beseitigen, und sie haben zur Zeit der gentry-Herrschaft davon den rücksichtslosesten Gebrauch gemacht; erst durch neuere Gesetze (Inclosure Acts 41 Geo. III. c. 109, 8/9 Vict. c. 118 von 1845) ist eine geordnete Form der Einhegung und Verkopplung geschaffen und diese sehr eingeschränkt (besonders Common Act 1876 und 1899 sowie 1908). — Des weiteren gehören zur Gruppe der incorporeal hereditaments aber auch die Reallasten, und zwar neben dem im 19. Jahrhundert adärierten und auf die Getreidepreise reduzierten Kirchenzehnt (tithe) und den alten Hörigkeitslasten (rents-service) vor allem die rents-charge, d. s. die vorbehaltenen und die — häufigen — gekauften Renten an freiem Gut, begründet durch Testament, Ehevertrag oder Registrierung, und heute grundsätzlich, auch ohne besondere Klausel, mit dem Selbstpfändungsrecht ebenso ausgestattet wie von alters die — durch den eventuellen Rückfall gesicherten — rents-service. Ferner werden hierher die nutzbaren Regalien und Hoheitsrechte (franchises oder liberties) gerechnet, d. h. außer dem Recht zur Abhaltung von Märkten (fair, market), und dem Fährrecht (ferry) vor allem das Jagdrecht in seinen verschiedenen Formen (forest, chase, park, free-warren), insofern es auf Grund der noch aufrechterhaltenen königlichen Einforstungen gewisser Bezirke an Private vergeben ist, während außerhalb dieser Einforstungen an Stelle des alten normannischen, in der carta de foresta 1217 gemilderten Jagdregals, das allmählich in ein Jagdrecht der gentry übergegangen war, seit 1831 (1. and 2. Will. IV. c. 32) die freie Jagd der Grundbesitzer besteht (zum Jagdrecht vgl. Hatschek, Staatsrecht II S. 320 ff.; ground-game act von 1881, dazu Hatschek l. c. 325, und von 1906); auf königlicher Vergabung beruht ebenfalls das hierhergehörige Fischereirecht in öffentlichen Gewässern (free-fishery, Hatschek l. c. S. 389, vgl. 3 Edw. VII c. 31, 1903). Schließlich sind incorp. her. das in England sehr häufige Patronat (advowson), sowie eine Reihe dem öffentlichen Recht angehöriger Gerechtsame (pensions, offices etc.). — Die incorporeal hereditaments sind, wie erwähnt, nicht estates, sondern Gegenstand von estates. Sie sind regelmäßig subjektiv dinglich, und zwar entweder appendant, d. i. notwendig und immemorial mit einem Grundstück verbunden oder appurtenant, d. i. zufällig durch Rechtsgeschäft verbunden; sie erscheinen aber zum Teil auch „in gross", d. h. als subjektiv-persönliche Rechte, z. B. die rents-charge.

Pollock and Maitland II S. 1 ff.; Blackstone, II besonders ch. 2, 3, 8—11; Stephen, b. II p. 1 ch. 3—6; Chambers, On estates, 1824; Preston, On estates,

1821—27; Leake, Digest of property in land, 1909 [2]; Lightwood, Treatise on possession of land, 1894; Gale-Reeve, Law of easements 1908 [8]; Fisher, Law of mortgage, 1913 [6]; Coote, Treatise on mortgage, 1904 [7]; Robbins and Maw, Treatise on mortgage, 1897.

5. Die Anfallsrechte (estates in exspectancy). Im Gegensatz zu den estates in possession, den präsenten Rechten (kraft deren man natürlich nicht in actual possession of the land zu sein braucht, so daß selbstverständlich im Falle der Dejektion das right of possession fortbesteht) stehen, wie erwähnt, die Anfallsrechte: reversion und remainder, dem mittelalterlich-deutschen anevelle entsprechend. Reversion ist das Recht auf den Rückfall des Guts für den Fall der Beendigung eines aus dem estate im Wege konstitutiver Sukzession abgezweigten estate minderen Inhalts (z. B. Rückfall an den Inhaber des fee simple nach dem Tode des Leibzüchters). Ein remainder anderseits entsteht, wenn der Besteller eines minderen estate (particular estate) die reversion nicht für sich behält, sondern gleichzeitig an eine dritte Person — eben als remainder — überträgt: z. B. der Inhaber des fee simple überträgt zugleich mit Bestellung einer Leibzucht zugunsten des A für die Zeit nach deren Beendigung dem X und dessen Erben das fee simple; dann sind X bzw. seine Erben remaindermen, Anwärter. Die Bedeutung des remainder-Instituts erklärt sich aus dem Satze der alten common law, daß ein freehold-estate (oben Nr. 4. ad a und b) nur *[820]* durch Investitur (livery of seisin, s. u. Nr. 7) begründet werden kann: diese ließ ihrer Natur (als reale Besitzeinweisung) nach die Bestellung eines suspensiv bedingten oder befristeten freehold-estate nur zu, wenn gleichzeitig unbedingt und unbefristet ein minderer estate, der particular estate, bestellt wurde, so daß der remainderman seinen estate ebenfalls sofort erwarb, nur eingeschränkt durch den particular estate; zugleich ist die Folge dieser Gestaltung, daß nicht zwei estates in remainder von gleichem Umfange (also z. B. zwei verschieden bedingte Anwartschaften auf fee simple) nebeneinander gleichzeitig bestehen können, mehrere remainders vielmehr nur in Abstufungen vom Weiteren zum Engeren sich vertragen, und daß ferner der auf eine ungewisse Tatsache abgestellte remainder (sog. contingent remainder, z. B. der remainder für einen nasciturus) grundsätzlich nichtig ist, wenn sein particular estate (z. B. die Leibzucht eines andern) vor Eintritt des ungewissen Ereignisses endet. Alle diese starren Sätze sind aber durch die formlos bestellbaren uses und trusts (s. o. § 5 Nr. 3) gemildert, welche vor allem das Nebeneinanderbestehen mehrerer verschieden bedingter, gleichartiger estates (des einen als legalen des Treuhänders, anderer to the use Dritter) ermöglicht und in Verbindung mit der modernen Gesetzgebung (11 Wilh. III. c. 16; 8/9 Vict. c. 108; 40/41 Vict. c. 33) und der milderen Behandlung der in letztwilligen Verfügungen bestellten remainders insbesondere auch eine favorablere Auslegung der contingent remainders herbeigeführt haben. Das komplizierte remainder-Institut — bei uns zum größten Teil durch Grundbucheintragungen und Vormerkungen ersetzt — zeigt wie wenig andere die Fortentwicklung der alten common law durch das Billigkeitsrecht und das Unausgeglichene des daraus resultierenden modernen Rechtszustandes.

Pollock and Maitland II, 21 ff.; Blackstone II, ch. 13; Stephen II, 1, ch. 7; Renton, Encycl., und Wertheim, s. v. remainder; Gundermann S. 233 ff.; Fearne, Contingent remainders, 1844 [10]; dazu Coote, Analysis of Fearne, 1814.

6. Die Mitberechtigungen, im Gegensatz zum Einzelrecht (estate in severalty), entsprechen dem deutschen Gesamthandverhältnis, zumal in der Hauptform, der joint-tenancy. Diese ist Gesamtberechtigung auf Grund einheitlichen, als Parteiakt sich darstellenden (s. u. Nr. 7 purchase) Titels; sie schließt zwar die Veräußerung des ideellen Anteils seitens eines Mitberechtigten unter Lebenden nicht aus, wohl aber testamentarische Verfügung; denn sie ist grundsätzlich mit dem ius accrescendi (right of survivorship) ausgestattet; Teilung konnte nach alter common law nicht verlangt werden, wohl aber seit Einführung des writ of partition (1539/40). Wegen des right of survivorship konnte nach gemeinem Recht (durchbrochen für stock registered in the books of the bank of England durch 55, 56 Vict. c. 39, 1892) eine corporation nicht real oder personal property in joint-tenancy haben, weil sie nicht stirbt und ihren Mitberechtigten daher das Akkreszenzrecht fehlen würde; durch die Bodies corporate act von 1899 ist diese Beschränkung beseitigt; bei Auflösung des body corporate tritt Akkreszenz an den Mitberechtigten ein. — Eine jüngere, etwas freiere Form ist die tenancy in common, die Gemeinschaft auf Grund verschiedener Titel (verschiedener Art, Alters usw.) ohne ius ac-

crescendi: als tenants in common gelten in allen Fällen gesamtberechtigte Kaufleute (ius accrescendi inter mercatores locum non habet). Endlich ist eine besondere Form des Gesamtrechts, die coparcenary, die Gemeinschaft von Miterbinnen nach common law, nach lokaler Gewohnheit (gavelkind) auch von männlichen Miterben, schon im Mittelalter auf einseitiges Verlangen teilbar, ohne Akkreszenz. (Gundermann, 246 ff.; Stephen, II, 1 ch. 8, Lexika s. v. joint-tenancy.) Mitreeder (partowners, coowners) eines englischen Schiffes stehen grundsätzlich nicht im Gesamthandverhältnis im Sinne der joint-tenancy, sondern sind tenants in common, und zwar ist auf sie das Recht der partnership (unten S. 335) nicht ohne weiteres anzuwenden; erst wenn das Schiff eine Reise unternimmt, werden sie für dieses gemeinsame Unternehmen partners, doch wird das Schiff nicht Vermögen der partnership, sondern bleibt in dem bisherigen Eigentumsverhältnis. Der Korrespondentreeder (managing owner, ships hubland) gilt als agent der Mitreeder. (Stephen, IV, 3 ch. 10; Smith, Mercantile law b. II ch. II s. 4; Goldschmidt, Handelsgesetze des Erdballes S. 315 ff.)

7. a) Die Erwerbsformen der dinglichen Rechte werden herkömmlich geteilt in die titles by act of law, d. s. descent, Intestaterbefolge, escheat, Heimfall, und die familienrechtlichen Fälle courtesy und dower, und anderseits die titles by act of the party oder die Fälle der purchase (perquisitio), d. s. außer der occupancy und der forfeiture (Verwirkung) die alienation (conveyance, voluntary transfer), und zwar rechnet man zur alienation nicht nur die Übertragung unter Lebenden, sondern auch die conveyance by devise, d. h. durch Testament. Obwohl descent und devise herkömmlich beim Erwerb der dinglichen Rechte behandelt werden — das Blackstonesche System ähnelt hier wie in manchen anderen Punkten den gleichzeitigen naturrechtlichen Systemen, deren Niederschlag auch das preußische Allgemeine Landrecht bildet — sind sie hier beim Erbrecht zu betrachten (s. u. § 8); escheat und forfeiture sind bereits erwähnt (s. o. Nr. 2); letztere ist unpraktisch, und escheat nur noch bei erblosem Tod, und zwar in aller Regel nur als Heimfall an die Krone noch praktisch (s. u. § 8); die Okkupation, occupancy, ist *[821]* infolge des mit der Eroberung durchgeführten Lehnsgedankens im englischen Recht nur in sehr geringem Umfange von Bedeutung, und der einzige hierher gehörende Fall (Okkupation in der Zeit nach dem Tode eines tenant pur autre vie bis zum Tode des cestuy que vie) ist durch neuere Statuten (welche eine letztwillige Verfügung in diesem Falle zulassen) tatsächlich beseitigt (29 Karl II. c. 3; 7 Will. IV. und 1 Vict. c. 26), während die Sätze über Alluvion, Avulsion, insula nata zwar herkömmlich im Zusammenhange mit der Okkupation behandelt werden, aber als selbständige Fälle des Rechtserwerbs, zum Teil in Anlehnung an Azos Lehre (Güterbock, Bracton 70 ff.), sich geregelt haben. Eine Ersitzung tritt für corporeal hereditaments lediglich infolge der restlosen Verjährung (limitation) der Immobiliarklagen (o. § 4, 2) zugunsten des Besitzers ein (adverse possession vgl. Gundermann 179), so daß die Verjährung zugleich konstitutiv wirkt; dagegen gibt es eine Immemorialersitzung (prescription) der incorporeal hereditaments, abweichend von der alten common law geregelt durch die prescription act von 1832 (2/3 (Will. IV. c. 71).

b) Die wichtigste und praktisch bedeutsamste Erwerbsform ist, abgesehen vom Erbgang, hiernach auch für das englische Recht die freiwillige rechtsgeschäftliche Übertragung, die alienation. Sie erfolgte nach englisch-normannischem Brauch, der in dem alten angelsächsischen, vom kanonischen Urkundenwesen beeinflußten Rechtszustand (Brunner, Urkunde 149 ff.) wichtige Anknüpfungspunkte finden mußte, in der Form des feoffment, der Belehnung. Diese zerfällt entsprechend der kontinentalen Gestaltung in die Herstellung des persönlichen Treuverhältnisses durch das feierliche homage oder die einfachere (besonders bei Verleihung von socage [s. o. Nr. 2] anwendbare) fealty und in die Herstellung des dinglichen Verhältnisses durch die gewöhnlich mit homage bzw. fealty zusammenfallende (Gundermann 202) Übertragungserklärung, die Investitur; an diese muß sich nach englischer Auffassung aber grundsätzlich stets die reale Besitzeinweisung, die livery of seisin schließen, so daß man sich (eine Frucht vorübergehender Einwirkung der römischen Traditionslehre) mit der Herstellung bloß ideeller Gewere durch Symbole nicht begnügte. Die livery of seisin erfolgte in deed, d. h. unter feierlicher Überreichung der über das Geschäft aufgenommenen Urkunde (deed, von alters gebräuchlich, obwohl Schriftlichkeit erst 1677 essentiell wird) nebst Investitursymbolen auf dem Grundstück (vgl. Brunner, Forsch. 618 f., auch 4 ff.), oder

(formloser) in law durch bloße Erklärung angesichts des Grundstücks, der aber die reale entry später folgen mußte. Nicht in Betracht kam die livery of seisin bei Übertragung der estates an incorporeal hereditaments (oben Nr. 3 und 4 e), da sie nicht die seisin gewähren: hier genügte schon im Mittelalter die bloße traditio cartae, die Veräußerung (grant) durch Urkunde. Die allmähliche Verallgemeinerung dieser Form wurde — abgesehen von dem Schwinden des Lehnsgedankens, insbesondere nach der persönlichen Seite — angebahnt durch das Statute of Uses von 1535 (s. o. § 5 Nr. 3). Nach diesem gab nämlich die Übertragung eines use den legalen Besitzstand; der Rechtserwerb wäre daher durchaus formlos und geheim (durch bloßes bargain and sale) möglich gewesen; um dies zu vermeiden, wurde aber gleichzeitig angeordnet (27 Henr. VIII. c. 16), daß die Übertragung der freehold estates (falls nicht das alte feoffment mit livery of seisin gewählt wurde) nur durch Übergabe einer gesiegelten Urkunde (deed) und enrolment dieser Urkunde in Westminster oder beim Grafschaftsgericht erfolgen könne. Hierin lag der Keim zu einem Buchsystem; er wurde aber von dem auf seine Notariatspraxis erpichten Juristenstand erstickt: da die Übertragung eines estate less than freehold (s. o.) auch ohne enrolment möglich geblieben war, ließ man den Veräußerer eines freehold estate dem Erwerber zunächst durch einfaches deed einen term for years (lease) bestellen und erst am Tage darauf auch seine reversion — und zwar als incorporeal hereditament lediglich durch Übertragung eines anderen deed — an den Erwerber übertragen; der term for years ging damit durch Konsolidation (merger) unter. Dieses Verfahren, als lease and release bezeichnet, seit Anfang des 17. Jahrhunderts endgültig anerkannt, verdrängte allmählich die beiden anderen Formen des feoffment und enrolment (sog. bargain and sale enrolled) tatsächlich fast ganz und wurde zur möglichsten Sicherstellung des Erwerbers immer freier entwickelt. Im Jahre 1845 (8/9 Vict. c. 106) wurde dann bestimmt, daß nicht mehr zwei Urkunden, lease und release, übergeben werden brauchten, sondern daß eine einzige gesiegelte Urkunde auch zur Übertragung von freehold estates genügte. Die Conveyancing act 1881 und die Solicitor Remuneration act 1881 bahnten dann eine knappere Fassung der Urkunden an. Dauernd aber blieb es nötig, bei jedem Rechtserwerb die vorausgehenden Erwerbsurkunden auf 40 Jahre rückwärts (weiter zurück pflegte man nicht zu gehen) an der Hand der Geburts- und Todesurkunden usw. immer wieder zu prüfen, ein kostspieliges Verfahren, das ohne Zuziehung von Juristen unmöglich ist, die berüchtigte investigation oder examination of title. Die Publizität der Rechtsübertragung und überhaupt des dinglichen Rechtszustandes fehlt unter diesem System, zumal feoffment und enrolment so gut wie unpraktisch sind. Die traditio per cartam herrscht in der Praxis durchaus. Die Entwicklung von Grundregistern wurde durch die Notariatspraxis (conveyancing) zurückgehalten.

c) Doch ist man in England in neuester Zeit stark am Werk der Durchführung eines Grundbuchsystems nach kontinentalem, speziell nach deutschem Muster. Ansätze fanden sich schon lange. Seit 1503 bestanden in Schottland, seit 1707 in Irland Grundregister, die aber nicht aufkamen; seit alters bestehen dagegen Gutsrollen für die copyholder der Gutsherrschaften (rotuli curiae, s. o. Nr. 2); für Middlesex (mit Ausnahme der city von London) und für die Grafschaft York wurden im Anfange des 18. Jahrhunderts, für Bedford 1663 Registrierungen eingeführt, die heute noch bestehen. Doch handelt es sich dabei im wesentlichen um eine bloße Registrierung der deeds. Erst im 19. Jahrhundert begann man ernstlich eine allgemeine Grundbuchgesetzgebung anzustreben. 1862 setzte Lord Westbury ein Gesetz (Land Registry act 25, 26 Vict. c. 53) durch, das erfolglos blieb, weil es die genaue Nachprüfung jedes Titels erforderlich machte, indem es nur „unanfechtbare" (indefeasible) Titel zuließ. 1875 setzte dann Lord Cairns die Land Transfer Act (38, 39 Vict. c. 87) durch mit erheblichen Verbesserungen und namentlich mit Erleichterung der Titelprüfung, aber mit blos fakultativer Eintragung. Beide Gesetze beruhten im wesentlichen auf dem von Sir Robert Torrens in Australien geschaffenen Registrierungssystem, das dort (als Torrens-System bekannt) allgemein verbreitet, in den einzelnen Staaten verschieden ausgestaltet und im ganzen erfolgreich war. Nach dem Mißerfolge auch des Gesetzes von 1875 wurde im wesentlichen auf Grund der Arbeiten Charles Fortescue Brickdales, der das deutsche und österreichische Grundbuchsystem an Ort und Stelle studierte (Parlamentary Papers-Reports on the system of Registration of title in Germany and Austria, 1896) das Gesetz von 1897 (60, 61 Vict. c. 65) erlassen, welches formell mit dem Gesetze von 1897 eine Einheit bildete (zitiert: Land Transfer Acts 1875 and 1897), sachlich aber auf Grund der Brickdaleschen

Vorschläge entscheidende Änderungen brachte; die Detailausführung erfolgt durch Rules, welche der Lord Chancellor unter Mitwirkung eines Rule committee, zu dem insbesondere der general registrar gehört, erläßt (Land Transfer Rules 1903 und 1908, Encycl. of Forms etc., oben § 2 Nr. 2 c, Bd. XVI). Die Registrierung ist bisher nur für London obligatorisch (compulsory; Ordres 18. VII. 1898, 2. X. 1898, 28. XI. 1899), kann aber im ganzen Lande auf Antrag des betreffenden Grafschaftsrats als obligatorisch eingerichtet werden; doch ist davon bisher noch kein Gebrauch gemacht, so daß, abgesehen von London, überall das alte Immobiliarrecht fortgilt, und auch in London ist compulsory nur die Eintragung bei Grundstücksveräußerungen und Bestellung von langfristigen leases; doch ist ein großer Teil Londons jetzt schon registriert. Es besteht in London das Office of the Land Registry mit dem general registrar (der 10 Jahre barrister gewesen sein muß) und (ihn vertretenden) assistent registrars sowie Unterpersonal; auch können aus der Reihe der barristers im Notfalle examiners zur Titelprüfung zugezogen werden; das alte Register für Middlesex (s. o.) ist jetzt dem general registrar ebenfalls unterstellt. Dieser hat die entscheidenden Entschließungen zu erlassen, wogegen ein appeal an die Chancery Division geht, auch können einzelne Rechtsfragen zur Entscheidung des Gerichts von vornherein ausgesondert werden (zur Organisation: Gerland, Gerichtsverfassung II S. 613 ff.). Das Register wird zunächst für freehold (fee simple) geführt und zerfällt in die drei Abteilungen: 1. property register, d. i. Bezeichnung des Grundstücks, oder genauer des estate, unter Bezugnahme auf eine beigefügte Kartenskizze sowie der subjektiv dinglichen Rechte (easements and restrictive covenants etc.); 2. proprietorship register, d. i. die Bezeichnung des Berechtigten, Vormerkungen (cautions, exhibitions, restrictions), betreffend etwaige Dispositionsbeschränkungen und die Angabe der Art des Titels (z. B.: 18. Januar 1906 Possessory title registered. First proprietor: Fr. R. Harper of 26 Edward Road, Carlton, S.W., gentleman); 3. Charges Register, d. i. das Verzeichnis nicht nur der Pfandrechte (charges s. u.), sondern aller eintragsfähigen Belastungen (Servituten usw.). In dieses freehold-Register werden auch die in Trust (trust for sale) befindlichen, die durch mortgage verpfändeten (s. o. Nr. 4 d) und die in der Hand eines tenant for life (s. o. Nr. 4 a) befindlichen (settled lands) Grundstücke registriert, und zwar wird als proprietor der trustee, der Pfandgläubiger bzw. der tenant for life eingetragen, während die Rechte des Benefiziars, des Verpfänders (mortgagor) und der Anwärter (remainderman) durch bloße Vormerkungen gesichert werden (vgl. Heymann, Trustee und trustee company S. 29); daß diese Form auch für das mortgage gewählt werden muß, hängt mit dessen oben geschildertem Charakter als Proprietätspfand zusammen. — Das Recht des proprietor kann nun vor der Eintragung auf seine Rechtsbeständigkeit eingehend geprüft werden: dann erwirbt er einen absoluten title; die Prüfung ist in diesem Fall die gleiche, wie sie bisher bei jeder Transaktion vorgenommen werden mußte, braucht aber, wenn einmal erfolgt, natürlich nicht mehr wiederholt zu werden. Es kann auch in irgendeinem Punkt die Prüfung untunlich sein (z. B. der Tod eines Vormanns ist nicht festzustellen); dann wird der title nur mit ausdrücklichem Vorbehalt dieses einen Punktes festgestellt und eingetragen, sog. qualified title: der Erwerber von einem so Eingetragenen erwirbt alle Rechte mit diesem Vorbehalt. Endlich — und das ist praktisch das gebräuchlichste — kann auch ein bloßer possessory title eingetragen werden: hier wird der im unangefochtenen Besitz des Grundstücks (genauer des estate) Befindliche eingetragen mit der Wirkung, daß alle ihm zur Zeit der Eintragung entgegenstehenden Rechte in vollem Umfange bestehen bleiben, daß er aber in der Lage ist, durch Übertragung des title und Bestellung dinglicher Rechte alle seine Rechte jederzeit weiter zu übertragen; der Erwerber von einem so eingetragenen proprietor ist dann nur gezwungen den zur Zeit der ersten Eintragung bestehenden Rechtszustand in der alten Weise durch investigation nachprüfen zu lassen, für die spätere Zeit seit der Eintragung werden alle rechtlichen Veränderungen durch das Register klargestellt, später entstandene entgegenstehende nichteingetragene Rechte sind dem Erwerber gegenüber bedeutungslos. Da es zudem üblich ist, die bisherige investigation of title nur 30—40 Jahre zurückzubetreiben, so wird praktisch nach 40 Jahren aus dem possessory title ein absoluter Titel. Die uns fremde Eintragung eines qualified oder possessory title war nötig und schon in dem Gesetz von 1875 (s. 5 ff.) vorgesehen, weil wegen der Schwierigkeit und Langwierigkeit der bisherigen Titelprüfung sonst niemals ein Register zustande gekommen wäre, sie wird allmählich zum bloßen Übergangszustand werden.

— Besonders zu beachten ist, daß die in der dritten Abteilung eintragbaren Pfandrechte, charges, ein Immobilienpfandrecht darstellen, das im Gegensatz zum mortgage nicht Proprietätspfand, sondern dingliches Recht an fremder Sache ist, aber, ausgestattet mit Verfallrecht (foreclosure) und Verkaufsrecht, im wesentlichen dieselben Wirkungen wie ein mortgage hat; übrigens kann ein charge, wie unsere Eigentumsgrundschuld, auch zugunsten des proprietor begründet werden; natürlich ist der Erwerber eines charge vom Inhaber eines bloßen possessory title meist immer noch genötigt, die investigation des title bis zum Zeitpunkt der ersten Eintragung desselben vornehmen zu lassen. Die lease (s. o. Nr. 4 c) wird nicht in der dritten Abteilung eingetragen, sondern mit Rücksicht auf die häufigen langfristigen leases besteht für diese ein besonderes Register. In diesem erscheint (ähnlich wie bei unserem Erbbaurechtblatt, aber mit viel größerer praktischer Bedeutung) der leaseholder als proprietor, und er kann seine lease in seiner dritten Abteilung belasten; lease auf Lebenszeit und lease auf 21 Jahre und mehr kann, lease von 40 Jahren und mehr sowie lease auf zwei und mehr Leiber muß eingetragen werden. Die sehr wichtigen Vormerkungen sind entweder cautions, welche das Recht auf Benachrichtigung von jeder bevorstehenden Veräußerung und Belastung geben, oder inhibitions, welche jede weitere Eintragung hindern (z. B. Verbot weiterer Eintragungen im Falle des Todes eines tenant for life), oder endlich restrictions, welche gewisse Eintragungen von Zustimmungserklärungen dritter (z. B. trustees) abhängig machen oder die Auszahlung von Geldern an bestimmte Personen vorschreiben. Cautions werden auf Antrag eines dinglich berechtigten Benachrichtigungsinteressenten, inhibitions auf Antrag des proprietor oder durch Verfügung des registrars oder des Gerichts, restrictions auf Antrag des proprietors eingetragen. — Von größter Bedeutung ist die Ausstellung von Zertifikaten über dem eingetragenen Titel. Nicht nur wie bei uns der Pfandgläubiger, sondern vor allem auch der proprietor erhält einen genauen Auszug aus dem Register, ein certificate, das sog. certificate of land, im Gegensatz zum certificate of charge; auch über den leasehold title wird dem leaseholder, ein dem Landzertifikat ganz entsprechendes Zertifikat ausgehändigt, welches als copy of lease, office copy bezeichnet wird (Ges. 1875 s. 10, 16, 22). Diese Zertifikate sind Wertpapiere, da ohne sie eine Verfügung über das in ihnen verbürgte Recht nicht möglich ist. Sie ersetzten praktisch den set of deeds, durch dessen Hingabe man nach dem bisherigen Immobiliarrecht die verschiedensten dinglichen Rechtsgeschäfte vornehmen kann. Durch sog. Indossierung des Scheins wird das Recht übertragen, die Sachenrechte sind dadurch negotiabel, der Schein hat den Charakter eines Traditionspapiers, die im Grundbucheintrag gegebene Gewere ist an den Besitz eines körperlichen Gegenstandes geheftet. Es ist dadurch den Engländern, namentlich dem englischen Handel, möglich, wie bisher durch Verpfändung des set of title deeds nunmehr durch Verpfändung des Scheins (deposit of certificate) Sicherheit zu bestellen, es entsteht dadurch ein lien (Ges. 1897 s. 8 n. 4 a. E.), so daß für den Immobiliarkredit drei Formen zur Verfügung stehen: mortgage als Proprietätspfand mit Eintragung des Gläubigers als proprietor, charge und dieses lien. — Die Wirkung der Eintragungen war nach dem Torrens-System diejenige der absoluten Rechtskraft, die title waren indefeasible. Die Gefährlichkeit dieses Prinzips, zumal angesichts der unübersichtlichen englischen Immobiliarverhältnisse hinderte die Entwicklung des Registrierungssystems, schon das Gesetz von 1875 (s. 30 ff. s. 7 ff.) begann einzulenken, und namentlich unter Brickdales Einfluß ist mit dem Gesetz von 1897 (s. 7) im wesentlichen das Prinzip unsers öffentlichen Glaubens des Grundbuchs akzeptiert. Die Eintragung gibt zunächst die Vermutung (prima facie evidence) für das Bestehen des Rechts; gegenüber der Eintragung ist auch die limitation of actions ohne konstitutive Verschweigungswirkung (s. o. Nr. 1 b). Verlassen kann sich auf das Register der gutgläubige, nicht fahrlässige (negligent) entgeltliche (for value) Erwerber eines Rechts vom Eingetragenen; der gute Glaube wird insbesondere auch durch entgegenstehende Vormerkungen zerstört; der in diesem Sinne Gutgläubige erwirbt das Recht, der dadurch in seinem Recht Gekränkte wird entschädigt. Über unser deutsches Prinzip hinaus aber ist die Wirkung noch dadurch abgeschwächt, daß der in possession eines Rechts Befindliche, insbesondere der in possession des Grundstücks befindliche Eigentümer, durch irrige Eintragungen nicht sein dingliches Recht verliert, daß vielmehr der gutgläubige Eingetragene in solchem Falle nur eine Geldentschädigung erhält; es tritt Berichtigung des Grundbuchs ein: where a registered disposition would if unregistered be absolutely void or where the effect of such error, omission, or entry, would be to deprive

a person of land of which he is in possession, or in receipt of the rents and profits (s. 7, 2): Brickdales System des garantierten (im Gegensatz zum unanfechtbaren) Titel. Das Recht auf Entschädigung (indemnity) aber kann in allen Fällen (nicht bloß bei Verschulden des Staatsorgans, sondern auch bei Verschulden der Parteien, oder Zufall) gegenüber dem Staate geltend gemacht werden, und dieser hat den Rückgriff gegen die Parteien oder Beamten usw., welche den Irrtum verschuldet haben. Zur Leistung solcher Entschädigungen ist ein besonderer Fonds gebildet, der aus den (übrigens bescheidenen) Gebühren der Eintragungen gespeist wird (1897 s. 21). — Das Register wird strenger geheim gehalten als unser Grundbuch. Es besteht nicht wie dieses aus Büchern, sondern die einzelnen titles werden kartothekartik gesammelt, zugleich führt das office einen genauen Grundplan, auf den die einzelnen den Titeln angehefteten Pläne mit eingezeichneten Flächenstücken zurückgeführt sind. Für die Eintragungen gilt Priorität und Lokusprinzip. — Die ganze Einrichtung der Registration ist eine der größten Fortschritte Englands im Rechtsleben des 19. Jahrhunderts, sie ermöglicht die überaus schwierige Überführung des komplizierten englischen Immobiliar-Sachenrechtes in ein modernes Grundbuchrecht, und hat diese schwierige Aufgabe mit einem geradezu staunenswerten Geschick technisch gelöst und an der schwierigsten Stelle, in London, zum großen Teil praktisch durchgeführt. In der Durchführung der Registration ruht die Zukunft des englischen Immobiliarrechtes und Immobiliarkredits.

Pollock and Maitland, besonders II S. 80 ff.; Blackstone II, ch. 15 ff.; Stephen, b. II p. 1 ch. 30 ff.; Warthon, Principles of conveyancing 1851; Prideaux, Precedents in Conveyancing 1913 [21]; Key and Elphistore, Precedents in Conveyancing 1910 [9] bzw. 1914 [10]; Elphinstone, Introduction to conveyancing 1906 [6]; Hood and Challis, Conveyancing 1909 [7]; Wolstenholmes, Conveyancing and Settled Land Acts 1905 [9]; Dart, Law and Practice relating to vendors and purchasers of real estate 1905 [7]; Halsbury, Laws of England s. v. Real property; Renton, s. v. Registration of deeds, Registration of title, Land transfer etc. — Speziell zum Grundbuchrecht: Reports on the systems of Registration of Title in Germany and India (Brickdale), Parlam. Papers 1896; Reports of the Royal Committee on the Land Transfer Acts in den Parl. Papers; Examples of the Forms, Registers and Plans used in Land Registry under the Land Transfer Acts, London 1908; Brickdale and Sheldon, Land Transfer Acts (mit den Rules, Schedules usw.) 1905 [2]; Brickdale, Registration of title to law and how to establish it without cost or compulsion 1886; Cherry and Merrygold, Land Transfer Acts 1899; Hogg, Precedents of Conveyancing (Document) under the Land Transfer Acts 1907; Eberstadt, Bl. f. vgl. R.W. I S. 85, Schmollers Jahrb. 27 S. 609; Zerleder, Englisches Grundbuchrecht 1906; Underhill in Century S. 320 und Sel. Ess. III S. 703 ff.; E. J. Harvey, The Land Transfer Report in Law Quart Rev. 1911 S. 417 ff.; Underhill, daselbst 1911 S. 173; Sweet, daselbst 1912 S. 6; Harvey, daselbst 1912 S. 26 ff. — Mr. Ch. F. Brickdale, Registrar general, danke ich auch hier für die Aufnahme und Orientierung im Office of the Land Registry, London.

8. Die Immobiliarklagen haben *[822]* sich nach der Eroberung im Anschluß an das normannische Recht entwickelt (Brunner, Schwurgerichte 293 ff.), und zwar erschienen neben den petitorischen auch possessorische Klagen, die unabhängig von den römischen Interdikten ausgebildet und höchstens im Grundgedanken durch das kanonische Recht beeinflußt worden sind. Unter den petitorischen Klagen ist die wichtigste das breve de recto (writ of right), der dinglichen Klage des mittelalterlichen deutschen Rechts entsprechend (ein Anwendungsfall ist writ of r. of dower); die wichtigste possessorische Klage ist die assissa novae disseisinae (assise of novel disseisin), gestützt auf frische Dejektion aus der Gewere; daneben erschien die assissa mortis antecessoris (des Erben), assissa de consanguinitate usw., sowie die iuratae, „fortgebildete Besitzklagen", namentlich die Wittumsklagen (writ of d. unde nihil habet), die possessorische Patronatsklage (quare impedit) und vor allem das breve de ingressu (writ of entry; über diese Klagen s. Gundermann 318 ff., Brunner l. c.). Das schwerfällige Verfahren aller dieser Klagarten führte indessen seit Heinrich VII. dazu, daß man an Stelle dieser Realklagen eine petitorische mixed action, die bequemere actio de eiectione firma, action of ejectment anwendete: Ursprünglich nur personal action auf Schadensersatz, wurde sie allmählich daneben auch auf Besitzrestitution gewährt, und zwar war sie zunächst nur die Klage eines dejizierten Pächters (also für den Fall eines estate less than freehold gegeben), wurde aber durch die merkwürdige Fiktion, daß sie sich zwischen einem dejizierten und einem dejizierenden Pächter abspiele und die eigentlichen Parteien nur in deren Parteirolle sukzedierten, auch

für die Entziehung (ouster) anderer chattels real und aller corporeal hereditaments verwendbar. Das Verfahren ist dieser Fiktion erst 1852 (15/16 Vict. 76) und durch die Judicature Act von 1873 völlig entkleidet worden, nachdem die meisten Realklagen auch formell durch 3/4 Will. IV. c. 27 (1833) beseitigt waren; die Klage wird jetzt als action for the recovery of possession of land bezeichnet. Auch die alten Wittumsklagen und die Patronatsklage quare impedit, welche die übrigen Realklagen überdauert hatten, sind durch die common law procedure act von 1860 (23/24 Vict. c. 126) dem ordentlichen Verfahren unterworfen und jetzt petitorisch. — Die der actio negatoria entsprechende action of nuisance (als action on the case an Stelle der alten assise of nuisance und des writ of right quod permittat prosternere getreten) ist lediglich Schadensklage. Zur Sicherung gegen schädigende Handlungen des *[823]* Inhabers eines particular estate (s. o. Nr. 5) dient ebenfalls eine an Stelle der alten mixed action of waste getretene reine Schadensklage (a. on the case for damages), und auch zur Sicherung von incorporeal hereditaments dienen — abgesehen von der Patronatsklage — bloße Schadensklagen (a. on the case of disturbance): auch diese sämtlich jetzt dem ordentlichen Verfahren unterworfen.

Pollock and Maitland II S. 29 ff., S. 510 ff.; Blackstone III ch. 10 ff.; Stephen, b. V ch. 6 und besonders ch. 7; Güterbock, Bracton §§ 19, 20; Gundermann, Brunner l. l. c. c., Heusler, Gewere S. 419 ff.; Hazeltine, Geschichte des englischen Pfandrechts S. 49 f.; Sedgwick and Wait, Action of ejectment Sel. Ess. III S. 611.

9. An den beweglichen Sachen (movable goods, choses in possession als Teil der personal property) besteht seit alters in England volles Privateigentum; der germanische Charakter dieses Fahrniseigentums zeigt sich dabei besonders in der Entwicklung der Fahrnisklage: dem angelsächsischen und anglonormannischen Recht ist der Satz „Hand wahre Hand" bekannt, und der zu Bractons Zeit zur Vindikation ausgewachsenen Diebsklage kann der Erwerb auf offenem Markt entgegengehalten werden, freilich nur zur Vermeidung der Diebstahlsstrafe, nicht auch der Sachherausgabe; diese dingliche Klage wird aber noch im 13. Jahrhundert durch eine bloß persönliche Schadensklage gegen den Dieb selbst (action of trespass de bonis asportatis) abgelöst, während anderseits anvertraute Sachen vom Vertrauensmann (bailee) lediglich mit der Vertragsklage (action of detinue) herausgefordert wurden, so daß es gegen Dritte zunächst in keinem Falle eine Klage mehr gab; erst allmählich wurde dies durch Ausdehnung der detinue-Klage und (16. Jahrhundert) Gewährung der ebenfalls persönlichen Fundklage (trover) gegen dritte Erwerber gebessert. Daher gibt es im englischen Recht noch heute keine Realklage zum Schutz des Fahrnisrechts, sondern nur personal actions, die allerdings seit Beseitigung der alten Klagformen und seit Durchdringen des Gedankens der specific performance (s. o. § 2 Nr. 2 b) bei sehr erleichterter Klagebegründung zum gleichen Resultat wie Realklagen führen.

Für den Erwerb des Fahrniseigentums kommt in Betracht die Okkupation (occupancy), zu der man außer der occupatio bellica und dem Jagderwerb (game, s. o. Nr. 4 e) auch die in Anlehnung an das römische Recht geregelten Fälle der accession (insbesondere Fruchterwerb und Spezifikation) und der confusion rechnet; der Funderwerb hat dagegen keine selbständige Bedeutung, weil die von Dieben aufgegebenen Sachen (waifs), das Strandgut (wreck), verlaufene Tiere (estrays) ebenso wie der Schatzfund der Krone gebühren (Stephen, b. IV, 1 ch. 7) und im übrigen die Fundklage (action of trover) des Verlierers gegen jeden Fundbesitzer gegeben ist. Am wichtigsten ist natürlich auch für Mobilien die freiwillige Übertragung: sie erfolgte im alten Recht nur durch livery of seisin, also durch körperliche Tradition, neben die dann allmählich infolge einer in ganz Westeuropa erscheinenden Strömung nach Entfesselung des Mobiliarverkehrs die Veräußerung durch gesiegelte Urkunde (deed), und die praktisch wichtigste durch einfachen Kaufvertrag (sale) getreten ist. Die Veräußerung durch körperliche Tradition (gift and delivery) ist im übrigen formlos und kann auch durch Anweisung an den Verwahrer vollzogen werden; die Veräußerung mittels deed erfolgt durch die bloße Aushändigung der formgerechten Urkunde; aus ihr erklärt sich die Übereignung durch Warrant und durch Konnossament (Hecht, Warrants 1884, O.Chr. Fischer, Warrant-Verkehr 1908 S. 48 ff.), die heute selbständig daneben steht (Heymann, Traditionspapiere 1905 S. 197 ff., 233). Der bloße Kaufvertrag überträgt das Eigentum sofort, wenn er unbedingt und unbefristet

ist (sale im Gegensatz zu dem bedingten oder befristeten agreement to sell); der Abschluß des Kaufs erfolgt durch Einigung über Ware und Preis, wozu — wie schon Glanvilla hervorhebt — entweder Teilleistung oder Teilzahlung oder ein Handgeld (earnest) treten muß; auch das für diese Materie sehr wichtige Statute of Frauds von 1677 (29 Car. II c. 3 s. 17) fordert für Kaufverträge mit dem Preise von 10 Pfund Sterling einschließlich aufwärts diese Abschlußformen oder aber einfache Schriftlichkeit. Diese Bestimmung ist in der die ganze Materie kodifizierenden Sale of Goods Act von 1893 (56/57 Vict. c. 71) s. 4 wiederholt. Der sofortige Eigentumsübergang kann ausdrücklich oder stillschweigend ausgeschlossen werden; bei nachträglichem Wägen, Messen, Prüfen einer Spezies erfolgt er im Zeitpunkt der Kenntnisnahme dieser Vorgänge seitens des Käufers; ist die Spezies zur Zeit des Kaufabschlusses noch nicht lieferbar (in a deliverable state), so erfolgt der Eigentumsübergang erst mit der Kenntnis des Erwerbers von der Herstellung der Lieferbarkeit; Genussachen gehen in das Eigentum des Erwerbers erst über, wenn die Aussonderung (endgültig, z. B. durch Übergabe an den Frachtführer) erfolgt und von ihm gebilligt (oder von ihm dem Verkäufer überlassen) ist; beim Kauf auf Probe (on approval, on sale or return) geht das Eigentum mit der Anzeige der Annahme oder durch Behalten der Ware über die gesetzte Frist bzw. nach Ablauf von reasonable time über. Mit dem Eigentumsübergang erfolgt grundsätzlich der Gefahrsübergang (anders z. B. bei der fob-Klausel, bei Verzug der Lieferung usw.). Alle diese Detailregeln sind dispositiv. — Eigentum kann grundsätzlich nur der Eigentümer übertragen, doch ist Erwerb vom Nichteigentümer seit alters möglich, vor *[824]* allem in dem (jetzt s. 22 l. c. anerkannten) Fall des gutgläubigen Kaufs auf offenem Markt (market over, wozu die offenen Läden der City von London gehören), sofern nicht die Sache durch kriminell bestraften Diebstahl abhanden gekommen ist, ferner bei Erwerb vom Verkäufer mit anfechtbarem, aber noch nicht angefochtenem Erwerbstitel, endlich (auf Grund der Factors Act 1889, 52/53 Vict. c. 45) beim gutgläubigen Erwerb von kaufmännischen Agenten oder Kommissionären, die ihre Verfügungsbefugnisse überschreiten, sowie bei gutgläubigem entgeltlichem Erwerb von Geld, Banknoten und Inhaberpapieren. Der Verkäufer hat das right of stoppage in transitu. (Im übrigen vgl. Stephen, book II, 2 ch. V s. 7, ch. IV; Renton, Wertheim, s. v. sale; Goldschmidt, Handelsgesetze des Erdballes S. 254 ff.) Die Mitberechtigungsformen der joint-tenancy und der tenancy in common (s. o. Nr. 6) kehren auch beim Fahrniseigentum wieder.

Ein Pfandrecht an Fahrnis hat sich im Mittelalter in Anlehnung an das Besitzpfand des angelsächsischen Rechts als Besitz- und Verfallpfand auf Gefahr des Gläubigers entwickelt — ein Fall des bailment (vgl. u. § 7 Nr. 2) —; daneben hat sich wahrscheinlich schon seit dem 13. Jahrhundert (Heymann, Traditionspapiere S. 197 f., 201 f., und Sav.-Z. 1909 S. 496) unter dem Einfluß der im gesamten westeuropäischen Recht hervortretenden, auf Befreiung des Mobiliarverkehrs vom Traditionsprinzip gerichteten Strömung ein dem besitzlosen Immobilienpfand nachgebildetes, wie dieses als mortgage bezeichnetes, durch Übergabe eines deed begründetes besitzloses Fahrnispfand entwickelt. Dementsprechend kann das Mobiliarpfandrecht noch heute in zwei Formen bestellt werden. Einmal als mortgage, also durch bedingte Eigentumsübertragung mittels deed (bill of sale) mit Verbleib des Pfandes in der Hand des Schuldners, Mobiliarhypothek mit Verfallklausel. Die gefährliche Natur dieses Geschäfts hat die Gesetzgebung zu einschränkenden Bestimmungen, im 19. Jahrhundert zu den Bills of Sale acts von 1854, 1878, 1882 (45/46 Vict. c. 43), ergänzt 1890 und 1891, geführt; danach bedarf die bill of sale, die Verpfändungsurkunde, der Registrierung beim Bill of Sale Department der Zentraloffice des Supreme Court; nicht formgerechte und nichtregistrierte bills sind nichtig. Anderseits kann die Verpfändung durch pawn (pledge) zum Faustpfand erfolgen: hier entsteht für den Gläubiger (pledgee) nur ein dingliches Recht an fremder Sache (sog. special property, mit trover- und detinue-Klage); bei Nichtzahlung zum vereinbarten Termin oder nach erfolgloser Mahnung im Falle der Nichtvereinbarung eines Termins kann er im heutigen Recht zum Privatpfandverkauf schreiten; die Hyperocha, surplus, gebührt dem Schuldner. Das Gewerbe des Pfandleihers (pawnbroker) ist gesetzlich (jetzt Pawnbrokers Act 1872, 35/36 Vict. 93) streng geregelt.

Für Schiffe (vessels) gelten die allgemeinen Übereignungs- und Verpfändungs-Vorschriften wie für andere Mobilien. Für ships im engeren Sinne (d. s. vessels used in navi-

gation, sofern sie nicht durch Ruder betrieben werden; gleichgültig ob See- oder Binnenschiffahrt) aber besteht eine Registration, ein Schiffsregister. Übereignungen werden darin nur eingetragen auf Grund eines bestimmte Formerfordernisse erfüllenden schriftlichen Vertrags (bill of sale). Die Übereignung des registrierten Schiffs (Ges. 1894 s. 24) erfolgt zwar durch die Vollziehung der bill of sale und kann auch nach den allgemeinen Grundsätzen des bürgerlichen Rechts erfolgen, also auch formlos; da aber für das Schiffsregister das Prinzip des öffentlichen Glaubens besteht und der gutgläubige Erwerber vom eingetragenen Eigentümer geschützt ist, muß tatsächlich bill of sale und Registrierung erfolgen. Die Verpfändung von Schiffen kann ebenfalls nach den allgemeinen Grundsätzen erfolgen; doch ist für registrierte Schiffe die Eintragung des Pfandes (mortgage) vorgesehen, und zwar seit 1854 nicht mehr in der Weise eines Proprietätspfandes, sondern als ius in re aliena (1894 s. 31 ff., besonders S. 34); es gilt für die Pfandrechte öffentlicher Glaube und Lokusprinzip, eingetragene Pfandrechte gehen im Range den nichteingetragenen vor. Bei Nichtzahlung der Schuld zeigt sich aber der alte Proprietätscharakter des Pfandrechts, der Gläubiger kann Besitz von dem Schiff ergreifen, es sogar zur Schiffahrt benutzen, aber das Schiff auch verkaufen. Soweit gesetzliche Regelung in Betracht kommt, ist maßgebend die Merchant Shipping Act von 1894 (57, 58 Vict. c. 60, ergänzt 1896, 97, 98, 1900, 1907, 1913), die an Stelle des älteren Rechts, namentlich der Merchant Shipping Acts von 1854 getreten ist.

Pollock and Maitland II 148 ff.; Blackstone II ch. 28 ff.; Stephen II p. 2, besonders ch. 2—5; Benjamin, Treatise on . . sale of personal property, 1906 [5]; Blackburn, Treatise on sale, 1910 [3]; Fisher-Underhill, Law of mortgage 1910 [2]; Newbolt, Sale of goods act, 1897; Reed, Bills of sale acts, 1909 [13]; Attenboroug, Law of Pawnbroking 1913 [2]; Kohler, Arch. f. B. R. 18. 50 ff.; Linckelmann daselbst 7, 230 ff.; zur Geschichte besonders: Hazeltine, Geschichte des englischen Pfandrechts 114 ff., 164 ff., 193 ff.; Schöndorf, Mobiliarhypothek, Z. f. Hd.R. 68, S. 552. — Zum Seerecht: Maude and Pollock, Law of Merchant Shipping 1881; Bruce and Bromfield, Handbook on L. of Sh. 1898; Maclachlan, Treatise on Merchant Shipping 1911 [5]; Abbott, Treatise on M. Sh. 1901 [14], und viele andere; Pappenheim, Seerecht (Bindings Hdb.) 1906, passim; Rudolf Leonhard, Schiffe als Prozeßparteien in Festgabe für Brie 1912.

10. Zu personal property werden auch alle Erfinderrechte gerechnet. Patente für technische Erfindungen wurden schon früh (1331) von dem Kanzler als Privilegien erteilt; das Statut 21 Jacob I c. 3 um 1623 (die magna charta des Erfinderrechts, Kohler) regelte den Gegenstand aber zum ersten Male gesetzlich und führte die noch heute bestehende Patentfrist von 14 Jahren ein; Grundlagen der Weiterentwicklung wurde die Patents, Designs and Trade Marks Act von 1883 (46/47 Vict. c. 57), ergänzt durch gleichnamige Gesetze von 1885, 1886, 1888, 1901, 1902, 1907; jetzt ist das Recht zusammengefaßt in den Patents and Designs (consolidation) Act 1907 (7 Edw. VII c. 29), ergänzt 1908. Das Patentrecht wird nach Aufgebot (mit Einspruchsfrist von zwei Monaten für Besserberechtigte) und Prüfung durch das Patent Office erteilt, und zwar erfolgt seit 1907 (s. 7 abs. 1) auch eine sachliche Vorprüfung, jedoch nur daraufhin, ob die Erfindung ganz oder zum Teil beansprucht oder beschrieben ist in any specification published before the date of the application, and left pursuant to any application for a patent made in the United kingdom within fifty years next before the date of the application. Erteilt wird das Patent dem true and first inventor, es kann veräußert sowie (durch licence) zur Ausübung übertragen werden, wovon im Register Vermerk zu nehmen ist. — Der Schutz der Muster (Designs) und der Handelsmarken (Trade Marks) wurde durch dieselben Gesetze auf Grund des Prinzips zentraler Registrierung beim Patentamt geregelt, doch umfaßt das Patentgesetz von 1907 die Trade Marks nicht mit, vielmehr sind diese durch 5 Edw. VII c. 15, Trade Marks Act 1905 neu reguliert (dazu Trade Marks Rules vom 24. März 1906 und instructions von 1909; für die Strafbestimmungen Merchandise Marks Act 1887 und 1911; internationales Recht in der Patent Act 1907).

Für das Urheberrecht an Geisteswerken (copyright), zuerst gesetzlich geregelt 1709 durch 8 Anna c. 21, war lange maßgebend die Copyright Act von 1842 (5/6 Vict. c. 45) mit ihren Ergänzungen von 1862 (fine Art), 1882, 1888 (musical compositions), 1902, 1906 sowie die International Copyright Acts von 1841, 1886, 1896; danach wurde für Druckwerke und Kompositionen der Schutz 42 Jahre sowie mindestens 7 Jahre nach dem Tode des

Autors gewährt (während für Werke der bildenden Kunst und Photographie besondere Bestimmungen galten). Die Rechtsverfolgung war abhängig von der Eintragung des Werks in die von der Londoner Buchhändlerzunft (Stationers Hall) geführten Register. Mit Rücksicht auf die Berliner Konvention von 1908 (Reichsgesetzbl. 1910 S. 965) ist aber (fast) das gesamte bisherige Urheberrecht durch die Copyright Act 1911 (1/2 Geo. V c. 26) neu zusammengefaßt und zum Teil abgeändert. Danach ist eine Eintragung in die Zunftrolle nicht mehr nötig, der Schutz beginnt mit der Publikation innerhalb der britischen dominions oder aber mit dem date of the making of the work durch einen britischen Untertan oder eine innerhalb des dominium wohnende Person. Making ist nicht notwendig Vollendung; aber doch ist eine der Fortdauer fähige Feststellung nötig, die bloße Idee genügt nicht. Ferner ist die Geltungsdauer des Schutzes jetzt bestimmt auf Lebenszeit des Autors und auf 50 Jahre von seinem Tode, jedoch mit der Milderung, daß nach 25 Jahren die Publikation durch andere gegen Zahlung einer Gebühr von 10 % an den Berechtigten zulässig wird; auch ist nach dem Tode des Autors eines literarischen, dramatischen und musikalischen Werkes die Erteilung einer Zwangslizenz durch das judicial committee of the Privy Council zulässig, falls der copy-Berechtigte die Neupublikation eines bereits publizierten Werks weigert. Das Gesetz bezieht sich auf literarische, musikalische und artistische (einschließlich der architektonischen und kunstgewerblichen Werke), umfaßt daher auch die Photographie und kinematographische Films usw.

Blackstone II ch. 29; Stephen b. II p. 2 ch. 3; Hulme, Early history of english patent system, Sel. Ess. III, 117; Terrell, Law and Practice of letters patent 1909[5]; Frost, Law and Practice relating to Letters Patent for Invention 1912[4]; Derselbe, Patent and Designs Act (1907) 1908; Roberts and Moulton, Patents and Designs Art, 1908; Thompson, Patent Law of all countries 1908[14]; Kerly, Law of Trade Marks 1913[4]; Copinger, Law of Copyright 1904[4]; zur Copyright Act von 1911: Oldfield 1912, Macgillivray 1912, Robertson 1912, Kohler, Deutsches Patentrecht 1878; derselbe, Forschungen aus dem Patentrecht 1888; derselbe, Handbuch des Patentrechts 1901; derselbe, Lehrbuch des Patentrechts 1910; derselbe, Markenschutz 1885, Warenzeichenrecht 1910, Unlauterer Wettbewerb 1914; derselbe, Arch. f. B. R. 7, 95 ff.; bei Kohler auch weitere Literatur. Alexander Katz, Das Patent- und Markenrecht aller Kulturländer 1912; Riezler, Urheberrecht I S. 207, 452; Hatschek, Staatsrecht II S. 382, über Patentrecht; Eyck, Britisches und deutsches Warenzeichenrecht in Europ. Markenrecht, hrsg. von der Gesellschaft für Weltmarkenrecht; Osterrieth, Geschichte des Urheberrechts in England 1895; Hubers und Mond, Das englische Patentrecht 1909; Dunkhase, Englisches Patent- und Mustergesetz 1909; Schulz, Eingriffserwerb, Arch. f. Civ. Pr. 1909 (105) passim. Blandford, Die in England geltenden Bestimmungen gegen unlauteren Wettbewerb, in: Markenschutz und Wettbewerb 12 S. 228 ff.; Gareis-Osterrieth, Sammlung der Patentgesetze 1880 ff. und N. F. 1896 ff.; Kohler und Mintz, Patentgesetze aller Völker 1912 Bd. I (England und die Kolonien).

§ 7. Forderungsrecht.

1. Die *[825]* Obligationen aus Rechtsgeschäften im allgemeinen. a) Die Entstehungsgründe sind der sog. contract of record, der contract under seal und der simple contract. Die Rekordschulden beruhen auf Gerichtsprotokollen, und zwar handelt es sich (nach dem Obsoletwerden von statute merchant und statute staple; s. o. § 6 Nr. 4 d) besonders um die Fälle der Judikatsschuld (judgement) und der recognizances; letztere sind gerichtlich abgegebene Schuldversprechen, resolutiv bedingt durch Vornahme einer bestimmten Handlung (appear at the assise, keep the peace), so daß sie als Mittel der Kautionsbestellung dienen. Die eigentlichen Schuldverträge fallen daher unter die beiden Kategorien des contract under seal, abgeschlossen mittels Übergabe einer gesiegelten Urkunde (deed), und des simple contract, formlos abgeschlossen, aber einer Gegenleistung, consideration, einer „sachlichen Erwägungsgrundlage" (Hartmann) bedürftig. Das mittelalterlich englisch-normannische Recht kannte in germanischer Weise zunächst nur Formal- und Realkontrakte. Für erstere waren die älteren Abschlußformen (fides facta) bereits zu Beginn des 14. Jahrhunderts durch die Form des gesiegelten Vertrages verdrängt, und es entsprang aus ihnen die action of covenant (breve de conventione, seit Heinrich III., † 1272,) während aus den Realverträgen die — ursprünglich für alle Schuldverträge gegeben gewesene — action of debt gewährt wurde. Die action of debt setzte als Realvertragsklage eine Gegenleistung des Versprechensempfängers, ein „quid pro quo", voraus, insbesondere Leistung des Kaufgegenstandes oder umgekehrt Voraus-

zahlung des Preises, Übergabe einer rückzugewährenden Sache usw.; es genügte aber auch bloße Zahlung eines Handgelds (earnest). Allmählich wurde die Vorleistung in immer weiterem Sinne genommen; man begnügte sich schließlich damit, daß der Gläubiger irgendein detriment erlitt; diese Entwicklung wurde dadurch unterstützt, daß die alte action of debt immer mehr durch eine prozessualisch leichter durchführbare Deliktsklage, die action of trespass on the case of assumpsit, verdrängt wurde: die a. of assumpsit, eine Abart der wichtigsten Deliktsklage (s. unten Nr. 3), gründete sich ursprünglich auf die Übernahme (daher assumpsit) einer Sache zur Bearbeitung oder sonstigen bestimmten Behandlung, wurde aber allmählich in allen Fällen des Bruchs formloser Verträge gegeben und entwickelte sich dadurch zur wichtigsten Vertragsklage; ihr deliktischer Ursprung hat entscheidend dazu beigetragen, daß im englischen Recht bis in die neueste Zeit aus Verträgen nur auf Schadensersatz und nicht auf Realerfüllung geklagt werden konnte. Immer aber erhielt sich für die simple contracts das Onerositätsprinzip, und zwar bezeichnete man die dem Verpflichteten gewährte Gegenleistung des Berechtigten im Anschluß an die Terminologie der Billigkeitsgerichtshöfe (beim use) als consideration. Seit dem 16. Jahrhundert beherrscht die consideration-Doktrin das englische contract-Recht völlig; keiner consideration bedarf der gesiegelte Vertrag (sealing imports consideration), doch läßt die Praxis auch hier die Einrede einer unlawful oder immoral consideration zu; vermutet wird die consideration beim Wechsel und den sonstigen negotiabeln Papieren (s. u. Nr. 2) sowie beim Vorliegen eines Schuldscheins. Dagegen ist der berühmte Versuch des Lord Mansfield, die schriftlichen Verträge des Handelsverkehrs von dem Erfordernis der consideration zu befreien, erfolglos geblieben. (Vgl. Schuster in Buschs Arch. f. d. Handelsrecht 45, 317 ff., 46, 111 ff.; G. Hartmann im Arch. f. d. ziv. Pr. 77, 161 ff.; Grueber, Z. f. vgl. R.W. 11, 253 ff.; Neubecker, Arch. f. Bürgerl. Recht 22, S. 51 ff.; derselbe, Der abstrakte Vertrag 1903.)

Der contract under seal wird durch Ausstellung und Übergabe einer gesiegelten, in herkömmlichen Formen abgefaßten Urkunde (deed) geschlossen. Der Hauptanwendungsfall des deed ist das Immobiliarrecht (s. o. § 6 Nr. 7), wo die Praxis der conveyancer für seine Abfassung eingehende Regeln entwickelt hat; für Schuldkontrakte erscheint er als covenant oder bond (über letzteren unter Nr. 2); er bedarf stets der Siegelung (seal, von den Normannen nach England gebracht); dagegen ist die Unterzeichnung (sign) gebräuchlich, aber *[826]* nicht wesentlich; er muß im Interesse der Beweiskraft durch einen oder zwei Zeugen attested sein. Die Übergabe (delivery) erfolgt in der Praxis zusammen mit der Siegelung durch Auflegen des Fingers auf das Siegel unter entsprechender Übergabeerklärung. Contracts under seal sind besonders für die Rechtsgeschäfte der Korporationen grundsätzlich vorgeschrieben (vgl. o. S. 305).

Der simple contract erfordert consensus und consideration. Die letztere besteht in der Hingabe einer Sache (z. B. der gekauften Ware) oder einem andern Tun zugunsten des Versprechenden. Seit dem Ende des 16. Jahrhunderts begnügt man sich aber auch mit einem bloßen bindenden Versprechen des Gegners, so daß das bloße Vorhandensein des Synallagmas genügt. Daher entbehren der Wirkung: das reine Schenkungsversprechen, die unentgeltliche Verbürgung, Verpfändung, Schuldübernahme, aber auch Erlaß und selbst Stundung sowie anderseits nachträgliche Erweiterung der Verpflichtung (z. B. Übernahme nicht vereinbarter Dienstleistung neben der vereinbarten) mangels besonderen Entgelts, und der abstrakte Vertrag ist dem englischen Recht fremd (Neubecker l. c.). Im einzelnen wird gefordert, daß die consideration von dem das Versprechen empfangenden Berechtigten selbst ausgegangen ist (must move from the plaintiff), so daß das englische Recht, von einigen Ausnahmen abgesehen, grundsätzlich keine Verträge zugunsten Dritter kennt. Die consideration muß im Kausalzusammenhange mit dem Versprechen stehen und nicht schon aus anderen Gründen (z. B. in Erfüllung einer bereits bestehenden Verbindlichkeit) zu gewähren sein; sie darf grundsätzlich nicht der Vergangenheit angehören (sog. past consideration), doch wird hiervon tatsächlich eine Ausnahme gemacht durch Anerkennung der bindenden Kraft des Versprechens, gewisse sog. imperfect obligations zu erfüllen (insbesondere eine verjährte oder im Konkurs erledigte Forderung zu bezahlen), weil hier nicht sowohl neu versprochen als nur „dem Privileg einer Singulardisposition (z. B. des Verjährungsgesetzes) entsagt" wird; dagegen ist die be-

sonders zu Ausgang des 18. Jahrhunderts zu Lord Mansfields Zeit auftauchende Lehre, daß das Vorhandensein einer moralischen Verbindlichkeit des Versprechenden (als sog. moral consideration) schlechthin genüge, mit Recht als dem Grundgedanken der consideration-Doktrin widersprechend aufgegeben (Eastwood v. Kenyon, 1840). Eine wirtschaftliche Proportionalität zwischen Versprechen und consideration wird an sich nicht gefordert, die consideration braucht sogar einen greifbaren Wert überhaupt nicht zu haben; es genügt, daß sie von den Parteien als benefit oder detriment empfunden wird; doch steht in der heutigen Praxis — unserem Wucherprinzip entsprechend — fest, daß ein Vertrag nichtig ist bei auffallender Unangemessenheit der Gegenleistung, insbesondere bei Ausbeutung der Not des Versprechenden. Die consideration, eine der bedeutsamsten und wertvollsten Eigentümlichkeiten des englischen Rechts, ist verschieden von der römischen causa und entspricht dem germanischen Onerositätsgedanken; sie hat das englische Recht vor den Gefahren völliger Formlosigkeit des Vertragsschlusses bewahrt und steuert vor allem den unbedachten Willenserklärungen (eine eingehende Darstellung der Lehre bei Schuster l. c. Bd. 46; vgl. Hartmann l. c., Wertheim s. v. consideration, Neubecker l. c.). — Der consensus kommt zustande durch Antrag (offer) und Annahme (acceptance); Offerten in incertam personam kommen vor (Auslobung, reward public offered, Kreditbrief); bindend ist die Offerte nicht, da es notwendigerweise bei ihrer Abgabe noch an einer consideration fehlt; die Offerte muß, falls nicht eine Frist bestimmt ist, innerhalb reasonable time angenommen werden; der Vertrag ist perfekt mit der Annahme, und diese ist erfolgt, sobald die Annahmeerklärung in der vom Offerenten gewünschten Form (Brief, Telegramm, jedoch nicht bloßes Schweigen) aus der Gewalt des Oblaten gekommen ist (vgl. Näheres bei Schuster l. c. Bd. 45). — Für den simple contract ist außer dem consensus und der consideration in gewissen Fällen einfache Schriftlichkeit (note, memorandum im Gegensatz zum deed) vorgeschrieben, vor allem durch das wichtige Statute of Frauds von 1677 (29 Karl II. c. 3) für Versprechen mit Rücksicht auf künftige Heirat, Immobiliarkauf, Schuldübernahme durch Testamentsvollstrecker, Administrator oder einen Dritten, für Verträge über ein Jahr hinaus; ferner ist Schriftlichkeit vor allem für Wechsel vorgeschrieben (siehe unten Nr. 2).

Der Inhalt einer Einigung *[827]* und die Frage der sachlichen Konkordanz der Erklärungen wird beurteilt nach derjenigen Auslegung, welche die Erklärungen durch einen reasonable man, d. h. eine mit Durchschnittseinsicht begabte Person, finden mußte, und nach dem gleichen objektiven Maßstabe wird festgestellt, ob eine Erklärung zu den Geschäftserklärungen gehört (Schuster l. c. 45, 331; Hartmann l. c. 205; Goldschmidt, Handelsgesetze des Erdballes S. 67 f.). In der Lehre vom Irrtum (mistake) unterscheidet man, ob der Irrtum herbeigeführt wird durch das irreführende Verhalten der Gegenpartei (sog. misrepresentation) oder nicht. Ersterenfalls kann es sich um innocent misrepresentation handeln oder um fraudulant m., d. i. Betrug, fraud. Vom Betrug zunächst abgesehen, ist Irrtum — bei sehr freier Gebarung der Equity-Praxis in Einzelheiten (vgl. Markby, El. Nr. 750) — Anfechtungsgrund, wenn er bei verkehrsmäßiger Übereinstimmung der Erklärungen die wirkliche Einigung gehindert hat; und zwar wird beachtet der Irrtum über die Geschäftsart (nature of the obligation), über die Person des Gegners, soweit diese nicht verkehrsmäßig unerheblich ist, und über den Gegenstand (subjekt-matter of the contract, worüber viel Judikatur); die innocent misrepresentation macht dabei charakteristischerweise den Vertrag nur dann anfechtbar (voidable), wenn der Irrende sich nicht über die Frage erkundigen konnte, wenn ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart war, daß es gerade auf den betreffenden Punkt ankommt, und endlich bei den sog. Verträgen uberrimae fidei (Versicherung, partnership, Familienverträge, agency, Gesellschaftsgründungen), wo strenge Aufklärungspflicht dem Gegner gegenüber besteht; im übrigen trägt der Irrende die Folgen unterlassener Erkundigung. Für die Auslegung schriftlicher Verträge hat die Judikatur eingehende Regeln entwickelt und gewährt eine sog. rectification irrtümlich abgefaßter Vertragsbestimmungen. — Betrug (fraud) macht den Vertrag in allen Fällen anfechtbar: „fraud cuts down everything", ebenso Zwang (duress, coercion). Bei Autoritätsverhältnissen (Eltern, Vormund usw.) wird der Erweis von Betrug und Zwang erleichtert durch die Vermutung von undue influence der im Geschäft begünstigten Autoritätsperson. Die verletzte Partei hat in allen Fällen der Willensmängel die Wahl zwischen An-

fechtung und Affirmation des Geschäfts; letztere kann nicht nur ausdrücklich erfolgen, sondern auch durch Handeln auf Grund des nichtangefochtenen Geschäfts, sowie durch bloße acquiescence, d. h. durch Nichtanfechtung innerhalb reasonable time dem Gegner oder gutgläubigen Dritten gegenüber. Vgl. Kohler, Dogm. Jahrb. 28, S. 247 ff.

Unerlaubt und nichtig sind Geschäfte gegen die öffentliche Ordnung (public policy, z. B. zum Zweck der Justizverschleppung), gegen common law (dahin gehören vor allem die Geschäfte mit Staatsfeinden und zur Begehung eines civil wrong), sowie gegen die besonderen Statuten, insbesondere gegen die Sonntagsheiligungsgesetze. Neben den express contracts werden von der Praxis seit alters auch sog. contracts implied by law anerkannt. Im weiteren Sinne umfassen sie unsere stillschweigenden Vertragsschlüsse, sowie die aus dispositivem Rechte oder anderweiten Parteierklärungen ergänzten; im engeren Sinne gehört hierher aber nur eine Reihe wichtiger Fälle, in denen ein Vertrag tatsächlich gar nicht vorliegt: vor allem money received for the use of another, d. s. die Fälle der ungerechtfertigten Bereicherung, und zwar condictio indebiti, ob iniustam causam und causa data, ferner money paid for the use of another (z. B. Zahlung des Bürgen; doch muß Zwang zur Zahlung vorliegen, daher nicht der Fall der negotiorum gestio), endlich Anerkennung eines Rechnungsabschlusses (account stated). (Schuster l. c. Bd. 45 S. 326 ff., Hartmann l. c. 210, 222).

Direkte Vertretung beim Geschäftsschluß (agency) ist seit dem 13. Jahrhundert zulässig; die agency hat sich, wie die Vertretung des germanischen Rechts überhaupt, aus der maut, und zwar ihrem Anwendungsfall master and servant, entwickelt; noch im 18. Jahrhundert wird der agent als servant bezeichnet. Namentlich die Bedürfnisse des Handels haben zu einer systematisch schwer übersichtlichen Fortbildung der Grundsätze geführt. Bestellung des Vertreters (agent) ist formlos möglich, mit einigen Ausnahmen auf Grund des Statute of Fraud (lease of land for above three years etc.), sowie besonders bei Vollmacht zur Ausstellung eines deed, die ebenfalls durch deed erteilt werden muß. Die Vollmacht endet mit dem Tode des Vollmachtgebers und ist, abgesehen von einigen Ausnahmefällen (z. B. wenn sie by way of security gegeben ist) frei widerruflich. Der general agent ist auf das Gewöhnliche bevollmächtigt; der special agent „is strictly bounded by the express authority he has received". Ratifikation einer Vollmachtsüberschreitung ist unbeschränkt zulässig; unterbleibt sie, so haftet der Vertreter persönlich auf Erfüllung oder Schadensersatz. Neben der direkten Stellvertretung kennt das englische Recht aber auch die indirekte Stellvertretung. Auch diese fällt mit unter den Begriff der agency, und es gelten für sie deren Regeln. Dabei ist die Scheidung zwischen direkter und indirekter Vertretung nicht so scharf wie (theoretisch) bei uns. Bei direkter Vertretung wird — abgesehen von einer besonderen Haftungsübernahme des Vertreters — der Vertreter unter anderem dann allein berechtigt und verpflichtet, wenn der Vollmachtgeber im Auslande wohnt; ferner wird der Vertreter dann allein verpflichtet, wenn der Name des Geschäftsherrn nicht genannt wird, weil der Gegenkontrahent im Zweifel nicht einem Unbekannten krediticrt. Anderseits wird bei indirekter Stellvertretung der Geschäftsherr neben dem Agenten selbst berechtigt und (bis zum Urteil alternativ) verpflichtet, und zwar kann er vom Gegenkontrahenten wahlweise beklagt werden, sofern er nicht nachweist, daß er die zur Erfüllung erforderliche Summe dem Agenten bereits gezahlt und dieser sie anderweitig verwendet hat, und er kann klagen, muß sich aber von dem Gegenkontrahenten, sofern dieser beim Abschluß das indirekte Vertretungsverhältnis kannte, die Einreden aus der Person des Vertreters entgegenhalten lassen. Für unerlaubte Handlungen des agent im Rahmen seiner Vollmacht, insbesondere für Betrug (deceit) haftet auch der Geschäftsherr. Zu alledem kommt, daß auch Auftrag und Vollmacht (authority) im englischen Recht nicht sorgfältig auseinandergehalten werden; und die Grundsätze über agency auch das Innenverhältnis mit umfassen. Danach liegt der Vertretung grundsätzlich ein Vertrag (agreement) zugrunde; doch wird dieser mehrfach als stillschweigend erfolgt vermutet (implied agency, z. B. des partner und der Ehefrau im Rahmen der Schlüsselgewalt); ferner kann er auch auf Verschweigung (agency by estoppel, s. o. § 4 Nr. 1) beruhen, und es kann in gewissen von der Judikatur anerkannten bestimmten Fällen agency by necessity vorliegen (z. B. die vom Ehemann nicht alimentierte Frau kauft necessaries, ferner der Ehrenakzeptant und Ehrenzahler eines Wechsels usw.; es sind vielfach Fälle unserer negotiorum gestio). Aus der agency haftet der agent für Ausführung des Auftrags mit reasonable care

and skill unter Wahrung der Interessen des principal, für Rechnungslegung und Herausgabe des Empfangenen; er ist berechtigt auf fair remuneration sowie Ersatz aller Auslagen und Gewährung der Mittel zur Erfüllung übernommener Verbindlichkeiten; er hat wegen seiner Forderungen ein lien (s. o. § 4 Nr. 3) grundsätzlich ein special, ausnahmsweise ein general lien), soweit nicht mit den Gegenständen in bestimmter Weise zu verfahren war. — Wichtige Fälle der agency sind der factor, d. i. der kaufmännische agent, dem Waren konsigniert sind; ferner der broker, der in der Hauptsache, namentlich an der Börse, unserm Einkaufs- und Verkaufskommissionär (aber immer ohne Warenbesitz), bisweilen als bloßer Vermittler unserm Makler entspricht (an der Börse entspricht unserm Börsenmakler wirtschaftlich aber der jobber, der jedoch stets Eigenhändler ist, was bei uns sich nur allmählich und in sehr beschränktem Umfange rechtlich durchgerungen hat), weiterhin gehört hierher der auctioneer, der Schiffer (master of the ship), der Direktor einer Company usw., wofür eine reiche Judikatur sich entwickelt hat (O. W. Holmes, History of the agency, Sel. Ess. VII S. 368; Arup, Studier i engelsk og tysk handels historie 1907; Evans, Principal and agent 1888 [3]; Story, Commentaries on the law of agency 1882 [9] und sonst; Bowstead, Digest of . . . agency 1912 [5]; Müller-Erzbach, Mittelbare Stellvertretung S. 56 ff.; und dazu Neubecker bei Gruchot 36, 31 ff.; Wüstendörfer, Z. f. Handelsr. 58 S. 144; Goldschmidt, Handelsgesetze des Erdballes S. 94 ff. sowie die unten und sonst genannten allgemeinen Werke).

b) Die Leistungspflicht konnte *[828]* nach gemeinem Recht, das ursprünglich die Klage auf Realerfüllung kannte (Hazeltine, Beiträge für Kohler 1909 S. 67 ff.) allmählich nicht mehr unmittelbar erzwungen werden; die Klage ging vor den Gerichtshöfen des gemeinen Rechts immer nur auf Schadensersatz (damages), während die Equity-Gerichte innerhalb ihrer Zuständigkeitsgrenzen auf specific performance, auf Realerfüllung erkannten. Seit 1854 wurde letzteres in gewissen, dem öffentlichen Recht nahestehenden Fällen auch bei den vor den common law-Gerichten schwebenden Klagen zulässig, und durch die Judicature acts von 1873 und 1883 ist es ganz allgemein nach dem Ermessen des Gerichts für zulässig erklärt. Im Konkurs (geordnet durch die Bankruptcy acts von 1883 46/47 Vict. c. 52 und 1890 53/54 Vict. c. 7, sowie Ergänzungen von 1884, 1885, 1887, 1888 und Bankruptcy and Deeds of Arrangement Act 1913, vgl. auch Bankruptcy Scotland Act 3/4 Geo V c. 20; vgl. E. Schuster, Rechtspflege S. 287 ff.; Kohler, Konkursr., bes. § 11; Köhne, Z. f. vgl. R.W. V 445; VI 88; Güterbock, Z. f. H.R. I 34, II 19; Inhülsen, L.-L. II, 877; Sibley in Handelsgesetze des Erdballes 1909; Williams, Law and Practice in Bankruptcy 1914 [10]) sind nur wenige Forderungen (insbesondere Lohnforderungen) privilegiert, und das Verfahren endet bei leidlichem Ausfall mit einem Entlastungsbeschluß des Gerichts (order of discharge). — Die Vertragshaftung ist im allgemeinen streng: der Verpflichtete wird von der Erfüllung befreit (non-performance is excused), wenn die Leistung nachträglich illegal wird, wenn der Gegner schuldhaft die Erfüllung hindert, wenn bei wechselseitiger Verpflichtung — sei es, daß die Leistung des Gegners die Suspensivbedingung für die Leistungspflicht des Schuldners bildet (condition precedent) oder Zug um Zug zu leisten ist (reciprocal oder concurrent condition) — der Gegner einen Vertragsbruch (breach of contract) begeht; doch ist es Interpretationsfrage, ob in letzterem Falle die Parteien die Verpflichtungen als independent promises gewollt haben, so daß aus dem Vertragsbruch lediglich die Schadensklage zu gewähren ist. Dagegen befreien bloße Schwierigkeiten der Erfüllung und grundsätzlich auch Unmöglichkeit (impossibility) nicht, falls dies nicht besonders bedungen ist; selbst höhere Gewalt (act of God; siehe über diesen Begriff Biermann, Arch. f. Bürg. R. 10, 29 ff.) befreit grundsätzlich nur von gesetzlichen, nicht von vertragsmäßigen Verbindlichkeiten; doch läßt man Entschuldigung mit act of God zu, wenn eine Konventionalstrafe (penalty) vereinbart war; ferner stellt die neuere Praxis die Vermutung auf, daß Befreiung des Schuldners nach dem Parteiwillen eintreten soll bei Unmöglichkeit infolge zufälligen Untergangs, Nichtexistenz (bei Irrtum) und Nichtentstehung einer speziellen geschuldeten Sache, sowie infolge Tod und Krankheit desjenigen, welcher einen persönlichen Dienst leisten sollte. Besondere Grundsätze für den Verzug gibt es nicht, so daß Voraussetzung für den Erfüllungsverzug lediglich die Existenz und Fälligkeit der Forderung ist und bei Nichterfüllung ohne Exkulpationsmöglichkeit damages gefordert werden können (Heymann, Das Verschulden beim Erfüllungsverzug S. 140 ff.). Im übrigen haftet bei Schlechterfüllung

(positiver Vertragsverletzung) der Schuldner nach den von den Billigkeitsgerichten für eine große Reihe einzelner Fälle (vgl. Stephen, b. V ch. VII, vol. III S. 410 ff.) in Anlehnung an die römische culpa-Lehre entwickelten Praxis (Lord Holt, s. u. S. 334) für Verschulden (negligence, eingeteilt in slight, ordinary und gross), und zwar gilt der wichtige Satz, daß bei Übernahme jeder Pflicht, welche besondere Kenntnis erfordert, für diese eingestanden werden muß (spondet peritiam artis, spondet diligentiam gerendo negotio parem, imperitia culpae adnumeratur), während in anderen Fällen nach dem Maßstabe eines ordinary, unskilled, intelligent citizen eingestanden wird. Doch wirkt das alte, strengere germanische Haftungsprinzip noch in dem Satz (dazu Biermann l. c.), daß der Frachtführer (common carrier) bei Sachtransporten und der Gastwirt (innkeeper, ähnlich auch der common farrier) bis zum act of God and the kings ennemies haften. Die Haftung für Gehilfen ist — laut der Maxime „respondeat superior" — durchgeführt.

Eine Zession der Forderungsrechte (choses in action) war nach common law in germanischer Weise unzulässig. Das Resultat der Zession konnte nur durch Erteilung einer Vertretungsmacht (power of attorney) erreicht werden. Die Billigkeitsgerichte ließen aber allmählich die Übertragung (assignement) der Forderungen innerhalb ihrer Zuständigkeit (als trust) zu, und diese Regel ist — nachdem bereits für einige spezielle Fälle die Zession in die common law eingeführt worden war — durch die Judicature Act von 1873 (36/37 Vict. c. 66) verallgemeinert worden: die Zession muß schriftlich und unbedingt erfolgen und dem Schuldner denunziert sein. Unabhängig hiervon hat sich durch Gerichtsgebrauch und Gesetz die Indossabilität des Wechsels und der sonstigen indossabeln kaufmännischen Papiere entwickelt. (Vgl. Brunner, Forsch. S. 603 f., vgl. noch Happold, Bl. vgl. R.W. IX, 230.)

Eine gemeinschaftliche Haftung kann in der Weise begründet sein, daß die Forderung gegen die mehreren Schuldner nur gemeinschaftlich geltendgemacht werden kann (joint liability), oder so, daß *[829]* jeder einzelne auf das Ganze haftet (several l.), oder so, daß jeder auf das Ganze und auch alle gemeinschaftlich in Anspruch genommen werden können (joint and several liability).

c) Das Ende (discharge) des Forderungsrechts wird normalerweise durch Erfüllung (performance) herbeigeführt; im Zweifel sind die Schulden Bringschulden, und sofort bzw. in reasonable time zu tilgen; unter Umständen genügt zur Lösung der Obligation das bloße Leistungsangebot (tender). Im übrigen pflegt man unter dem Begriff der discharge — abgesehen von den bereits erwähnten Fällen der befreienden Unmöglichkeit und der Befreiung durch breach of contract seitens des Gegners — noch eine Reihe von Tilgungssurrogaten zu behandeln. Vor allem gehören hierher die Fälle des agreement of the parties before performance, des Erlasses: er erfolgt entweder als release under seal oder aber durch formlosen Vertrag; letzterenfalls ist er consideration-bedürftig (doch liegt bei Erlaß eines Synallagmas ohne weiteres wechselseitig consideration vor); die Novation anderseits bedarf in der Regel der gleichen Form wie die Neubegründung der Forderung (übrigens versteht man unter novation im technischen Sinne nur den besonderen Fall der substitution of a new debtor). Ferner gehören hierher die Fälle der sog. Endigung durch operation of law, namentlich die Konsolidation (merger) und die Befreiung durch order of discharge im Konkurs. Schließlich die Kompensation (set-off): sie war nach common law und grundsätzlich auch vor den Billigkeitsgerichten — abgesehen von der Aufrechnung mit Gegenforderungen aus dem Synallagma — noch im Anfang des 18. Jahrhunderts unzulässig und wurde zunächst für den Fall des Konkurses, dann 1728 und 1734 durch 2 Geo. II c. 22 und 8. Geo. II c. 24 allgemein zugelassen; das set-off ist danach gegeben bei allen wechselseitigen liquiden Forderungen, ungeachtet „that such debts might be deemed in law to be of a different nature". Durch die Judicature Act von 1875 (c. 59) ist außerdem generell die Widerklage für alle Gegenansprüche schlechthin zugelassen, so daß das alte gemeinrechtliche, schwerfällige Verfahren der cross action in besonderem Prozeß nur noch ausnahmsweise zur Anwendung kommt.

Pollock and Maitland II 182 ff.; Blackstone II ch. 33, 34; Stephen, b. II p. 2, bes. ch. 4, 5 s. 1, ch. 6; Pollock, Principles of contract, 1911 [8]; Leake, Principles of the Law of contract 1911 [6]; Anson, Principles of contract, 1910 [12]; übersetzt von Prochownik 1908; Chitty, Treatise on contracts, 1909 [15]; Parsons, On contract, 1896 [8]; Addison, Treatise on contracts 1911 [11]; Kerr, Fraud and mistake 1902 [3]; Kohler, Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz, 1883, S. 28 über die 1869 beseitigte Schuldhaft; Kohler,

Arch. f. B. R. I 283 ff., V 171 ff. und Z. f. Ziv. Proz. 20, S. 49. Jenks-Prochownik §§ 182—371; Neubecker, Haftung für Wort und Werk S. 33, 63, 78, 98, 135, 169 ff.; Neubecker, Z. f. vgl. R.W. 21 S. 48; Holmes, Common Law, übersetzt von R. Leonhard S. 130 ff., 250 ff.; Goldschmidt, Handelsgesetze des Erdballes 35 ff. Über Spiel und Differenzgeschäft: Wittmaack, Z. f. H.R. 51 S. 83 ff.

2. Von den einzelnen Vertragsobligationen ist der Kauf (sale) bereits oben (§ 6 Nr. 9) erwähnt worden; hinzugefügt sei hier noch, daß auf seiten des Verkäufers im Zweifel die stillschweigende Übernahme der Gewährschaft (implied warranty) für das Eigentum an der Ware bzw. für das Verfügungsrecht, für quiet enjoyment und für Freiheit von Rechten (charge or encumbrance) Dritter angenommen wird, dagegen nicht für Fehlerfreiheit (soundness), hier gilt vielmehr der Satz caveat emptor, der nur in einigen besonderen Fällen (Kauf zum besonders erkennbar gemachten Zweck, Kauf nur beschriebener Waren vom Händler in Waren dieser Art usw., Sale of Goods Act 1893 s. 14) Ausnahmen leidet. Die Gefahr trägt bis zum Eigentumsübergang der Verkäufer, aber es trägt bei Distanzkauf, auch wenn der Verkäufer die Übersendung auf eigene Gefahr übernommen hat, der Käufer doch die notwendigen Transportfolgen (deterioration necessarily incident to the course of transit); vgl. auch Späing l. c. S. 725 ff. sowie Goldschmidt, Handelsgesetze des Erdballes S. 246 ff., Börsenkauf S. 417 ff., Fuchs, Verh. der Intern. Vg. 1912 S. 589, Nußbaum, D. J.Z. 16 S. 1252.

Eine besonders wichtige Gruppe der Vertragsobligation bilden die bailments, d. h. sämtliche Fälle der anvertrauten beweglichen Sache im Sinne des deutschen Rechts. Es gehören hierher das Faustpfand (pledge, pawn), die entgeltliche Sachüberlassung (locatio rei), das commodatum, das depositum, der Werkvertrag mit Sachüberlassung (locatio operis faciendi der Handwerker usw., insbesondere auch die custodia-Übernahme, zumal des Lagerhalters; über die Warrants s. o. § 6 Nr. 9), das Mandat (mandate), das agisment, d. i. die entgeltliche Übernahme von Vieh zur Weide; besondere Fälle sind der des innkeeper und carrier (vgl. auch Eisenbahn, Post, Telegraphie; Goldschmidt, Erdball 274 ff., Hatschek, Staatsrecht II S. 326 ff., 376 ff.; Schiffstransport Goldschmidt l. c. S. 332 ff.). In allen Fällen erwirbt der bailee mit der possession ein dingliches Recht (qualified property) und die dinglichen Klagen, während die absolute property beim bailor zurückbleibt. Der bailee hat in der Regel an der Sache ein *[830]* Retentionsrecht, lien (s. o. § 4 n. 3), nach der Maxime, daß ein lien besteht, wo eine Sache zur Arbeitsleistung an ihr übergeben ist; dies lien schützt als particular lien nur die konnexen Entgelt-, Auslagen- usw. Forderungen, und berechtigt nur ausnahmsweise (z. B. den Bankier) zum Verkauf; daneben wird von der Praxis in gewissen Fällen auch ein general lien zur Sicherung des Abrechnungssaldos einer generellen Abrechnung der Beteiligten als stillschweigend, insbesondere auf Grund der Handelsusancen, vereinbart angenommen (implied). Der bailee haftete nach mittelalterlichem Recht unbeschränkt, auch für höhere Gewalt; dies hat sich in der bereits erwähnten strengen Haftung des innkeeper und common carrier erhalten; im übrigen haftet er im neueren Recht (Lord Holt in Coggs v. Bernard 1704, Einführung der römischen culpa-Abstufung) bei Verträgen im beiderseitigen Interesse für ordinary negligence, bei einseitigem Interesse des bailors (Depositum, Mandat) für gross und bei einseitigem Interesse des bailee (Kommodat) für slight negligence.

Das Darlehn (loan), ursprünglich ebenfalls unter die Kategorie der bailments gebracht, wird ihnen später begrifflich gegenübergestellt; als seine Unterart wird das depositum irregulare betrachtet, ferner sind wichtige Unterarten der Bodmereivertrag (bottomry), die respondentia und das foenus nauticum sowie die annuities for lives. Die letzteren gefährlichen Geschäfte waren seit alters von den Zinsbeschränkungen befreit, die an Stelle der kanonischen Wucherverbote durch Gesetze Heinrichs VIII., der Elisabeth, Jakobs I., Karls II. (12 c. 13 von 1660, 6 %) und der Anna 13 c. 15 von 1714, 5 % Maximum) getreten waren. Diese Wuchergesetze (usurary law) sind durch 17/18 Vict. c. 90 von 1854 beseitigt (vgl. aber oben Nr. 1 S. 824). Besondere Vorschriften über die gewerbsmäßigen Geldverleiher, money lenders, gibt die Money lenders act 1900, 63/64 Vict. 51: Registrierung und richterliches Ermäßigungsrecht; den Vorschriften unterliegen aber nicht die pawnbrokers (s. o. § 6 Nr. 9), die registered friendly, building, loan societies, Bankiers, Versicherungsunternehmer und solche, welche nur gelegentlich im Laufe anderer Geschäfte Darlehen gewähren.

Das Recht der Gesellschaft (partnership), von der Judikatur allmählich entwickelt, ist im 19. Jahrhundert kodifiziert worden (besonders 28/29 Vict. c. 86), und zwar gilt jetzt die Partnership Act von 1890 (53/54 Vict. c. 39; Späing, Z. f. H.R. 43, S. 222 ff.). Die partnership, unserer offenen Handelsgesellschaft entsprechend, ist „the relation wich subsists between persons carrying on business in common with a view of profit", sie darf nicht mehr als 20 und bei Bankbetrieb nicht mehr als 10 Personen umfassen, da sonst die Form der registered Company zu wählen ist (s. o. § 5 Nr. 2); sie ist nicht juristische Person, besitzt aber eine Firma (firm-name), unter der sie gerichtlich auftritt; sie entsteht durch formlosen, üblicherweise aber schriftlichen Vertrag und bedarf ebensowenig wie der Einzelkaufmann einer Registrierung; jeder Gesellschafter vertritt die Gesellschaft nach außen unbeschränkt, und alle Gesellschafter haften gemeinschaftlich (joint-liability), und zwar auch für Gesetzwidrigkeiten des Vertretungsberechtigten; alle Gesellschafter sind im Zweifel zur Geschäftsführung berechtigt und verpflichtet, es gilt Konkurrenzverbot; beendigt wird die Gesellschaft durch Erreichung des Endtermins bzw. Zwecks, durch Tod, Konkurs und Kündigung eines Teilhabers, durch Konkurs der Gesellschaft und durch Zwangsvollstreckung in den Anteil eines Gesellschafters für eine Sonderschuld. Ein stiller Gesellschafter (dormant partner) haftet wie ein offener, ebenso ein jeder, der, ohne Gesellschafter zu sein, sich als solcher geriert. (Zum Gesellschaftsrecht: Goldschmidt, Handelsgesetze des Erdballes S. 116 ff.; Inhülsen, Handel S. 23; Mitchall, Early forms of partnership, Sel. Ess. III S. 183). — Erst durch die Limited Partnership Act von 1907, 7 Edw. VII c. 24, ist für das Vereinigte Königreich die Form der Kommanditgesellschaft eingeführt worden; sie ist registerpflichtig, so daß bei Nichtregistrierung der limited partner ebenso wie der general partner mit dem ganzen Vermögen haftet; der limited partner hat Kontrollrechte, der general partner ist Liquidator; der neueste Zustand des Companyrechts macht diese Gesellschaftsform eigentlich überflüssig.

Die Bürgschaft (contract of guarantee or of suretyship) muß nach dem Statute of Frauds schriftlich eingegangen werden; sie ist selbstschuldnerisch, ohne Einrede der Vorausklage. Der Bürge hat den Regreß gegen den Hauptschuldner und gegen seine Mitbürgen.

Schriftlichkeit ist erforderlich für den Wechsel, den gezogenen, bill of exchange, wie den eigenen, promissory note (vgl. Bill of Exchange Act, 1882, ergänzt 1906, 6 Edw. VII c. 17, (dazu Pappenheim, Go.Z. 28, 545; Späing, Französisches usw. Wechselrecht; Heirsheimer, Die englische Wechselordnung, 1882; Goldschmidt, Handelsgesetze des Erdballes S. 365 ff.; daselbst Trumpler und Zybell, W.R. aller Kulturvölker; F. Meyer, Weltwechselrecht 1909; Fall, Erfordernisse des Wechsels 1909; Bauer v. Bauern, Z. f. vgl. R.W. 22 S. 82), für die Versicherungsverträge, insurance (maritime, fire, life insurance; Wertheim h. v.; Emminghaus, Hdwb. d. Staatswiss. 7, 446 ff.; Goldschmidt l. c. 431 ff. Marine Insurance Act 1906, ergänzt 1909; Assurance Companies Consolidation Act 1909; Bunyon, Law of fire insurance 1906; Stone, Insurance Cases 1914), für die charter parties sowie für die bonds. Letztere sind gesiegelte Urkunden (deeds), in denen sich der Aussteller (obligor) dem berechtigten Inhaber (obligee) zur Zahlung einer bestimmten Summe verpflichtet, und zwar entweder — die seltnere Form — unbedingt (sog. single bond) oder bedingt (sog. double bond, vgl. o. § 4, 1 a, 3), derart, daß nur bei Eintritt einer Bedingung zu zahlen ist; da als Bedingung die Nichtzahlung einer Geldsumme oder die Nichtvornahme einer anderen Leistung (z. B. Geschäftsbesorgung) angegeben werden kann, wirkt *[831]* der bond wie die Stipulierung einer Konventionalstrafe (penalty), und zwar ist, wie bei der Konventionalstrafe überhaupt (soweit die als solche fixierte Summe nicht lediglich als von vornherein liquidatet damage gemeint ist) bei der Verurteilung aus dem bond immer nur auf den wirklichen Schaden zu erkennen und die stipulierte Summe entsprechend zu reduzieren (auf Grund eines Gesetzes Williams III. wiederholt in der Comm. Law Proc. A. von 1852). Der bond gehört ebenso wie Wechsel, Schecks (Raudnitz bei Grünhut 37 S. 380), bankers circular notes, exchequer bills in blank, Konsols (stock), Inhaberobligationen englischer Gesellschaften, Interimsschein auf den Inhaber (scrip) usw. zu den negotiable instruments, welche — je nachdem durch Übergabe (delivery) unter Indossament oder bloße Übergabe — auf denjenigen das verbriefte Recht übertragen, der sie im guten

Glauben an Eigentum oder Verfügungsrecht des Veräußerers erwirbt (vgl. oben § 4, 1 α); der Kreis der negotiable instruments kann durch die Verkehrssitte erweitert werden und wird tatsächlich durch sie bestimmt, obwohl die Möglichkeit der negotiability by custom für die inländischen (englischen) Papiere bestritten ist.

Der Dienstvertrag (master and servant) wird herkömmlich nicht unter den obligatorischen Verträgen behandelt, sondern unter der Kategorie der rights in private relations zusammen mit Ehe, Kindschaft und Vormundschaft, zu denen er als Anwendungsfall der Munt gehört. Dementsprechend treten im Verhältnis der Beteiligten die Gehorsamspflicht des Dienenden und die Protektionspflicht des Herrn sowie seine Haftung für den servant stark hervor, und die Normen von master and servant finden keine Anwendung, wo das Abhängigkeitsverhältnis fehlt (wie beim kaufmännischen Kommissionär und Agenten, factor und broker, und beim solicitor, bei denen bailment vorliegt). Das Verhältnis wird heute — nach Untergang der alten villeinage — stets durch Vertrag begründet, und zwar scheidet man die drei Gruppen der menial servants (intra moenia, Gesinde, zu dem aber nicht der clerk und die governess gerechnet wird), der labourers (landwirtschaftliche Arbeiter) und workmen (Industriearbeiter, Angestellten des Handels) und der apprentices (der Lehrlinge). Die Verhältnisse sind durch eine alte und reiche Judikatur ausgestaltet und daneben auch seit Ausgang des 18. Jahrhunderts durch die an Bedeutung schnell anwachsende Sozialgesetzgebung, zum Teil zwingend, geregelt (Frauds by Workmen Act 1748, 1777, Servants Characters Act 1792, Truck Act 1831, jetzt 1896, Master and Workmen Act 1837, Wages Attachment Abolition Act 1870, Trade Union Act 1871, Employers and Workmen Act von 1875, Factory and Workshop Act 1878, 1895 usw., konsolidiert 1901 durch 1 Edw. VII c. 22, ergänzt 1906, 1907, 1911, Merchant Seamen Act 1880, Employers Liability Act 1880, Shop Hours Act 1892, 1895, 1904, Workmens Compensation Act 1897, ausgedehnt auf Landarbeiter 1900, ergänzt 1909, Shops Act 1892—1902, 1911, Employment of Children Act 1903, Employment of Women Act 1907, Coal Mines Regulations Act 1908, Unemployed Workmen Act 1905, Labour Exchanges Act 1909, Friendly Societies Consolidation Act 1896, konsolidiert 1908, Trade Boards Act gegen das sweating-System 1909, Employer Liability Insurance Companies Act 1907, endlich die National Insurance Act 1911 ergänzt 1913, umfassend health und unemployment insurance, schließlich sind hier anzureihen die Housing of Working Classes Act 1891—1909 und die Small Holdings and Allotments Act 1887—1907, konsolidiert 1908).

Der Dienstvertrag (c. of hiring and service) ist formfrei, die consideration besteht regelmäßig in dem vereinbarten Lohn (wages); nach dem Statute of Frauds bedarf aber ein Vertrag mit Dauer über ein Jahr der Schriftlichkeit (memorandum); außerdem bedürfen die Engagementsverträge einer Korporation wie grundsätzlich alle ihre Geschäfte der Form des gesiegelten Vertrages (deed); ebenso ist eine Form für die Heuer auf größeren Schiffen vorgeschrieben (Merch. Ship A. 1894 s. 113 ff.) und für die Lehrlingsverträge die Schriftform (indenture). Der servant hat außer seinem Lohn auch den Ersatz aller Auslagen und Verluste bei Durchführung seiner Pflichten zu fordern, als menial servant auch Wohnung und Verpflegung, dagegen nicht medical attendance; das alte Züchtigungsrecht des master ist von der Praxis beseitigt worden und wird nur noch dem parentis loco stehenden master gewährt; der servant hat kein gesetzliches Recht auf Zeugnis (character), aber gegen ein mala fide ausgestelltes unzutreffendes Zeugnis die action of defamation; die Haftpflicht des Unternehmers (employer) für Betriebsunfälle war nach common law auf Fälle des Verschuldens beschränkt, und im Jahre 1837 wurde im Exchequer (Pristley v. Fowler) sogar entschieden, daß das Verschulden eines Mitservants den Unternehmer niemals haftbar macht (die Regel des sog. common employment); durch die Employers Liability Act von 1880 ist aber die Haftpflicht auf die Verschuldung des gesamten Aufsichtspersonals ausgedehnt, und durch die Compensation Act von 1897 wurde für gewisse größere Betriebe die Haftpflicht ohne jede Rücksicht auf Verschulden des Unternehmers aufgestellt und fixiert. Anderseits ist der master Dritten grundsätzlich haftbar nicht nur für die dem servant aufgetragenen *[832]* Rechtsgeschäfte, sondern nach der Judikatur schlechthin auch für seine torts im Rahmen seiner Beschäftigung, selbst wenn er ihm die betreffende Handlung ausdrücklich verboten hat; ja, in gewissen Fällen haftet er sogar für criminal acts. Das Verhältnis wird grundsätzlich sowohl durch Tod des Herrn wie des servant beendet, ebenso durch Veränderung

oder Auflösung der als Prinzipal auftretenden partnership, ferner bei breach of contract und bei Ablauf oder vertragsmäßiger Beendigung; für die labourers und workmen gilt regelmäßig Kündigung (notice) mit Monatsfrist; der servant kann wegen grober Pflichtverletzung, Unfähigkeit, andauernder Krankheit auch ohne Kündigung entlassen werden. Klage seitens des servant auf specific performance ist natürlich ausgeschlossen.

Blackstone II ch. 33; Stephen, b. II p. 2 ch. 5 s. 2 und 3; Dart, Law of vendors and purchasers 1905 [11]; Story, On bailments; Jones, Law of Bailments; Paine, On bailments, 1901; Folkard, Guide to the law of loans, 1876; Lindley, On partnership, 1912 [8]; Pollock, Digest of the law of partnership, 1909 [9]; De Colyar, Law of guarantees, 1897 [3]; Byles, Law of bills of exchange, 1911 [17]; Smith, Master and servant, 1906 [6]; Ruegg, Employers liability act and workmens compensation act, 1910 [6], O. Clarke, National Insurance Art. 1913 [2] u. a. m. Holmes (Leonhard) S. 163—207; Jenks-Prochownick l. c. § 372—572; Goldschmidt, l. c., passim; zur Sozialgesetzgebung besonders Hatschek, Staatsrecht II S. 183 und dort verzeichnete Literatur; zur Wohnungsfrage noch Köppe, Jahrb. der Bodenreform 6 S. 1 ff.; Bredt, Z. des Berg. Ver. f. Gemeinwohl 18 S. 121 ff.; über Konkurrenzklausel: Holländer in Leipziger Zeitschr. 1913, 347.

3. Die privatrechtliche Haftung für die unseren unerlaubten Handlungen entsprechenden torts hat sich allmählich aus der kriminalrechtlichen Haftung losgelöst. Entscheidend war vor allem die Ausbildung einer Schadensklage wegen Verletzung des königlichen Friedens vi et armis, die action of trespass (breve de transgressione) zu Ausgang der Regierungszeit Heinrichs III. († 1272); daneben erschien in den königlichen Gerichten früh die action of deceit (fraud) und of nuisance (nocumentum, ein der actio negatoria entsprechender Tatbestand). Die Klage wegen trespass vi et armis, die den Zusammenhang mit der kriminalen felony-Klage deutlich zeigt, wird allmählich für alle rechtswidrigen Einwirkungen auf den Körper des Klägers oder seine Sachen gewährt; daneben erscheint als besonderer Fall die action of trespass quare clausum fregit wegen Betretens eines fremden Grundstücks, die bald sehr weit ausgedehnt wurde (z. B. gegen den Verführer eines Mädchens, der sich widerrechtlich einschleicht); ferner wurde durch das zweite Westminsterstatut (13 Edw. I c. 24; s. o. § 4 Nr. 1 b) von 1285 es dem Kanzleigerichtshof möglich, in einer großen Reihe von Fällen die trespass-Klage in consimili casu zu gewähren und durch Schaffung zahlreicher actions of trespass on the case Schutz gegen sehr verschiedene Delikte, nun torts genannt, zu gewähren, die vorher nur in den Untergerichten und den geistlichen Gerichten oder gar nicht zur Klagebegründung sich eigneten; so entstanden die action for slander (defamation, Ehrverletzung), for libel (Pasquill), for false and malicious prosecution. Ergänzungen haben sich dann durch die Praxis der prohibitorischen Interdikte des Kanzleigerichts (injunctions) und durch einzelne Statutarbestimmungen ergeben.

Die alten Klageschemata haben heute natürlich auch auf diesem Gebiete ihre prozessualische Bedeutung verloren, doch wirkt die alte Gliederung hier noch besonders nach, und es wird hier überhaupt besonders stark von Fall zu Fall entschieden. Eine allgemeine Lehre über torts ist erst im Werden. Grundsätzlich fordert man für jeden tort das Vorliegen von iniuria, injury, d. h. Verletzung eines Rechts oder doch eines Rechtsgutes, und damnum, damages, d. h. Schadenszufügung. In einigen Fällen wird jedoch seit alters her vom Vorliegen eines damnum abgesehen (sog. iniuria sine damno), insbesondere bei trespass gegen Eigentum; es wird dann nur auf sog. nominal damages (1 sh.) erkannt, was vielfach im praktischen Resultat auf eine verkleidete Feststellungsklage hinauskommt (Markby, El. 343; Seng, Arch. f. B.R. V 354 ff.); in anderen Fällen (z. B. bei Ehrenkränkungen) fingiert man einen Vermögensschaden in wunderlicher Weise. Anderseits darf die iniuria niemals fehlen; selbst schikanöse Ausnutzung des eignen Rechts begründet grundsätzlich die tort-Klage nicht. Für die injury wird heute im Gegensatz zum Recht des Mittelalters in der Regel Verschuldung erfordert, negligence; bisweilen muß auch maliciously, intentionally gehandelt sein; daneben tritt aber in der neueren Judikatur auch das Veranlassungsprinzip für einzelne Fälle wieder hervor, insbesondere in dem 1838 vom Hause der Lords (L. R. H. of L. III 330) entschiedenen Falle Rylands v. Fletcher (unverschuldete Schädigung des Nachbars durch Ausschachtungen, die der Grabende nur at his peril vornehmen *[833]* kann), ferner z. B. in Babroch v. Larvon (L. R. Q. B. D. IV 394: unverschuldete Veranlassung einer von einem Dritten verübten Schädigung). Die iniuria muß für die Schädigung kausal gewesen sein, doch darf die causa nicht „too remote"

sein, sondern die Schädigung muß flow directly and naturally from the injury, worüber vielfältige Judikatur besteht. Die Klagen gehen normal auf ordinary damages (damnum emergens und lucrum cessans), in gewissen schweren Fällen auf exemplary damages (unter Umständen das Doppelte und Dreifache). Die tort-Klagen waren ehemals unvererblich; dies wurde auf der Aktivseite für Klagen wegen trespass on personal property schon 1330 (4 Edw. III c. 7) beseitigt, dagegen allgemein aktiv wie passiv für alle Verletzungen personal wie real property erst 1833 (3/4 Will. IV c. 42); für Verletzung von personal rights (slander, assault etc.; s. u.) besteht die Unvererblichkeit noch fort, doch haben hier jetzt die sog. Fatal Accidents Acts, namentlich die Lord Campbell's Act von 1846 (9/10 Vict. c. 93; dazu 27/28 Vict. c. 95 1864, und neuestens 8 Edw. VII c. 7 1908, wodurch die bisherige Berücksichtigung der Lebensversicherungsprämien beseitigt wurde) wenigstens für den Fall der schuldhaften Tötung die Verfolgung zugunsten der Hinterbliebenen gesichert, und entsprechend verhalten sich die oben (Nr. 2 a. E.) erwähnten neueren Haftpflichtgesetze für Unternehmer.

Die einzelnen tort-Fälle gruppiert man heute nach der Art des verletzten Rechtsguts; der Kreis der so geschützten Rechtsgüter ist sehr weit gezogen, und er ist nicht geschlossen, da immer noch in consimili casu Rechtsschutz gewährt werden kann. Man unterscheidet injuries affecting personal rights und private relations, affecting real property, affecting personal property und affecting public rights. Als personal rights kommen in Betracht: das Leben (life, und zwar in den Fällen der soeben erwähnten Statuten), die Glieder (limbs and body), und zwar unterscheidet man hier mündliche Drohung (threat), tätliche Drohung (assault, z. B. Aufheben eines Stocks), Prügel (battery), Verwundungen (wounding), schwere Verwundung (mayhem, d. i. Unbrauchbarmachen eines Kampfgliedes, nämlich Arm, Bein, Finger, Auge, Vorderzahn), sowie einzelne Fälle verschuldeter Körperverletzung; ferner kommt als personal right in Betracht die Gesundheit (health, hierher gehören z. B. ärztliche Mißgriffe, schädliche Nachbaranlagen, Weigerung der ehelichen Pflicht), ferner die Freiheit (liberty, false imprisonment) und endlich die reputation, die wieder durch einfache Beleidigung (defamation, slander, stets eine Vermögensbeschädigung erfordernd, mit Ausnahme der Verletzung weiblicher Geschlechtsehre nach der Slander of Women Act, 1891) oder durch libel (mittels Schrift, Bilds, Gesangs, mit Vermutung des Vermögensschadens) gekränkt werden kann. Unter den injuries affecting private relations sind die Verletzungen der Munt zu verstehen, und zwar kommen hier besonders in Betracht die Verletzungen des ehemännlichen Rechts durch abduction der Frau (uxor rapta et abducta, durch Gewalt, List oder Überredung), durch adultery und durch beating (Mißhandlung der Frau aller Art), sowie die Verletzung des Rechts des Dienstherrn auf die Dienste seines servant (per quod servitium amisit). Als injury gegen real property kommt vor allem jede Besitzstörung im weitesten Sinne (auch durch Vieh) in Betracht; sodann gehören hierher die bereits erwähnten (s. o. § 6 Nr. 8) Fälle von nuisance, waste, disturbance sowie der Fall der subtraction (geschuldeter Dienste und Renten); injuries gegen personal property können erfolgen, soweit körperliche Sachen (things in possession) in Frage kommen, durch Fortnehmen (taking; hingegen ist zur Wiedererlangung unrechtmäßig gepfändeter Sachen die action of replevin gegeben, im übrigen die oben [§ 6 Nr. 9] erwähnte action of trover und de bonis asportatis) oder durch Vorenthalten (detaining, hiergegen die action of detinue und auch die vorgenannten Klagen, alle heute keine reinen tort-Klagen mehr), ferner durch Betrug (fraud) und endlich durch abuse or damage (alle sonstige Schädigung, hierher wird auch Verletzung von copyright und patent gerechnet); bereits gehandelt ist (s. o. Nr. 1) über die Fälle des Vertragsbruchs und die Vertragsklagen (actions of covenant, debt, assumpsit), die unter dem Gesichtspunkt der injury affecting choses in action hierhergehören, aber wegen der Möglichkeit einer Verurteilung zu specific performance ebenfalls keine reinen Schadensklagen mehr sind und in Gegensatz zu den eigentlichen tort-Klagen gebracht werden. Als Fall einer Verletzung öffentlicher Rechte kommt z. B. Wahlhinderung in Betracht.

Man braucht *[834]* nur noch (bei den injuries affecting real property) die Immobiliarrechtsstörungen (ouster; s. o. § 6 Nr. 8) in dieses soeben gegebene System von Rechtsverletzungen und entsprechenden Klagen einzufügen, um das allgemeine englische System der vermögensrechtlichen Ansprüche überhaupt vor sich zu haben (vgl. Blackstone III ch. 7 ff., Stephen, b. V ch. 7): ein Zeichen, wie stark im englischen Recht der ursprüngliche deliktische Charakter

aller Ansprüche und Klagen bewahrt worden ist. und wie stark er auf die Gruppierung des Rechtsstoffes noch einwirkt.

Pollock and Maitland II 447 ff.; Blackstone III ch. 7 ff.; Stephen, b. V ch. 6 ff.; Addison, Treatise on torts, 1906 [8]; Pollock, Law of torts, 1908 [8]; Clerk and Lindsell, Law of torts, 1909 [5]; Bigelow, Leading cases on the law of torts, 1875; Bewen, Negligence in Law 1908 [3]; Mayne-Smith, Damages 1909; Fraser Libel and Slander 1908 [4]; Brunner, Forsch. 487 ff.; Kohler, Goldtd. Arch. 47, S. 113 ff.; Unlauterer Wettbewerb S. 238; Holmes(-Leonhard) Common Law S. 75—162; Jenks, Q. Review 1910 S. 159 ff.

§ 8. Erbrecht.

Das englische Erbrecht trägt besonders altertümlichen Charakter und wird vollkommen beherrscht von der Unterscheidung zwischen unbeweglichem und beweglichem Vermögen (vgl. oben § 6 Nr. 1). Es erscheint dementsprechend auch als Teil des englischen Sachenrechts: Blackstone behandelt bei der real property den title by descent, Intestaterbrecht an Immobilien, und die alienation by devise, die letztwillige Verfügung über Immobiliarvermögen, während er bei der personal property die entsprechenden Gegenstände unter dem Gesichtspunkt des title by testament and administration bespricht. Der kirchliche Einfluß auf die Entwicklung des Fahrniserbrechts ist in England stärker gewesen, als irgendwo sonst in Europa.

1. Die gesetzliche Erbfolge a) in Immobiliarvermögen (inheritance) beruht durchaus auf dem anglonormannischen feudalen Erbrecht. Dieses (Brunner, Das anglonormannische Erbfolgesystem 13 ff., Gundermann 157 ff.) ging von dem lehnrechtlichen Gedanken aus, daß ein feudum immer nur an Leibeserben des ersten Erwerbers (purchaser) übergehen könnte, so daß eine Kollateralenerbfolge immer nur beim feudum antiquum möglich war, d. h. nur, wenn der Erwerb bereits durch einen Vorfahren des Erblassers erfolgt war; doch wurde allmählich für das feudum novum fingiert, daß es ein feudum antiquum von unbestimmter Zeit her sei, so daß man auch hier die Kollateralen zum Erbe zuließ; die Verwandtschaft mit dem letzten Lehnsbesitzer genügte: seisina facit stipitem (eine Regel, die verwickelte Ausnahmen erforderte, wenn der Erblasser reversioner oder remainderman ohne actual seisin war); die Fiktion des feudum antiquum führte im späteren gemeinen Rechte zu der Gestaltung, daß man bei der Kollateralenerbfolge nicht mehr nachprüfte, ob das Lehn von der Vater- oder Mutterseite des letzten Besitzers herrührte, sondern schlechthin dem Kollateralen vom männlichen Vorfahr (male stock) den Vorzug vor demjenigen der Weiberseite (female stock) gewährte. Im übrigen sind die Grundgedanken der Sukzessionsordnung des anglonormannischen Rechts: die Parentelenordnung mit Ausschluß der Aszendenten (hereditas numquam ascendit), allmählich unter konsequenter Durchführung des Eintritts- (Repräsentations-)Rechts (Güterbock, Bracton 101, Brunner l. c. 33; Fliniaux, Système des Parantèles S. 79 ff.), der Ausschluß des Halbblutes von der Kollateralenerbfolge, die Bevorzugung der Männer vor den Weibern gleichen Grades und — zuerst nur für feuda militaria (knights fee), schon zu Bractons Zeit aber auch für die socagia (socage) durchgesetzt — der Grundsatz, daß zwei gleich nahe Weiber zusammen erben (coparceners), dagegen unter gleich nahen Männern der ältere (infolge des Eintrittsrechts also die ganze Linie des älteren der Linie des jüngeren) vorgeht, das Recht der Erstgeburt. Diese Erbfolgeordnung hat über 500 Jahre unverändert bestanden. und ist erst 1833 durch 3/4 Will. IV c. 106, Inheritance Act kodifiziert; nach diesem Gesetz ist die alte schwierige Regel seisina facit stipitem aufgegeben und als Ausgangsprinzip die Regel aufgestellt, daß gesetzlicher Erbe (heir-at-law) nur sein kann, wer mit dem Erwerber, purchaser, verwandt ist; und zwar ist purchaser derjenige, welcher das Gut anders als durch Intestaterbfolge (descent) erworben hat (also durch Vertrag unter Lebenden oder durch Testament), und falls der ursprüngliche Erwerber — wie besonders bei altem Familienbesitz oft — nicht mehr zu ermitteln ist, gilt der letzte Eigner, the last entitled to the land, als purchaser, so daß *[835]* dann dessen Verwandtschaft unbeschränkt sukzediert; ferner hat das Gesetz im Gegensatz zur alten common law ein Erbrecht der Aszendenten und des Halbblutes statuiert, so daß sich jetzt folgende Ordnung ergibt; es wird nach Parentelen geerbt; innerhalb der Parentel gilt unbeschränktes Eintrittsrecht; ferner geht innerhalb der Parentel das männliche Parentelenhaupt mit seiner Deszendenz dem weiblichen mit dessen Deszendenz vor, so daß die väterliche vor der

mütterlichen, die großväterliche vor der großmütterlichen Linie zur Sukzession gelangt; es geht anderseits das Vollblut innerhalb der Parentel dem Halbblut unbedingt vor; endlich gilt Ausschluß der Weiber (mit ihren Linien) durch die Männer (mit deren Linien), und es gilt für die Männer (mit ihren Linien) das Recht der Erstgeburt. Besondere Grundsätze bestehen, wie bereits erwähnt (s. o. § 6 Nr. 4), für die entails. Über escheat o. § 6 Nr. 7.

b) Die Erbfolge in den Mobiliarnachlaß folgt anderen Grundsätzen. Wegen des ursprünglich mit begrabenen, später der Kirche zum Seelenheil verfallenden Totenteils, deads part (Brunner, Sav. Z. 12, 107 ff., s. u. Nr. 2; vgl. Rietschel, Sav. Z. 32, S. 297), kam es seit dem 12. Jahrhundert dazu, daß der Bischof in allen Fällen den Mobiliarnachlaß übernahm und verwaltete: er ist (soweit nicht ein executor im Testament bestimmt ist) der geborene executor bzw. administrator; er verteilt den Nachlaß an Pflichtteilsberechtigte, Gläubiger (13 Edw. I c. 19) und etwaige Legatare; ein residuum verwendet er in pios usus; als dann (31 Edw. III c. 11) der Ordinarius gezwungen wurde, bei Nichtbenennung eines executor durch letztwillige Verfügung den nearest of the kin des Verstorbenen zum administrator zu bestellen, fiel das residuum an diesen. Dieser Rechtszustand ändert sich nur langsam zugunsten einer gerechten Verteilung unter die Familienmitglieder; erst das Statute of Distribution von 1670 (22/23 Carl. II c. 10) setzte endgültig für den Fall der intestacy (und unter gewissen Voraussetzungen auch für das residuum nach Erledigung eines Testaments) die heute noch bestehende Mobiliarerbfolgeordnung fest: es erben zunächst die Deszendenten mit Eintrittsrecht, sodann der nächste Verwandte, next of the kin; die Witwe erbt neben den Kindern ein Drittel, neben sonstigen Verwandten die Hälfte, während der Ehemann alle sonstigen Erben ausschließt; der next of the kin wird (nach alter Berechnung) unter Zugrundelegung der römischen Gradualzählung ermittelt, doch gelangen die Geschwister vor den Großeltern zur Sukzession, und für die Geschwister und Geschwisterkinder (nicht aber für deren Kinder) gilt das Eintrittsrecht, so daß wenigstens bis zu den Geschwisterkindern einschließlich die Parentelenordnung auch in der zweiten Parentel bewahrt ist; dabei gilt zugunsten des Vaters unbedingter Schoßfall, zugunsten der Mutter Schoßfall nur bezüglich der Hälfte des Nachlasses (1 Jac. II c. 17). Das Halbblut steht hier dem Vollblut gleich. Nach einem Gesetz von 1890 (53/54 Vict. c. 29) erhält die Witwe eines deszendentenlos versterbenden Mannes bis zum Werte von 500 Pfund den Nachlaß (personal und real property) als Voraus.

2. Verfügungen von Todes wegen sind bereits dem angelsächsischen Recht geläufig (s. Brunner, Urkunde 199); für das Immobiliarrecht zunächst durch das Lehnswesen verdrängt (solus deus heredem facere potest), werden sie unter dem Schutze der Kirche für den Mobiliarnachlaß bewahrt und von ihr unter Verwertung römischer Gedanken fortgebildet. Doch war zunächst nur ein Drittel des Mobiliarnachlasses für letztwillige Verfügungen frei (deads part); der Rest gebührte der Witwe und den Kindern (wifes part, bairns part); falls nur Witwe oder nur Kinder hinterlassen wurden, konnte über die Hälfte des Nachlasses verfügt werden; dieses in der Magna charta anerkannte Pflichtteilsrecht hat, von der Kirche nicht besonders unterstützt, allmählich einen lokalen Charakter angenommen und ist um die Wende des 17. und 18. Jahrhunderts ganz aufgehoben worden. Anderseits kam das alte Testament über Immobilien — infolge des Statute of Uses (27 Henr. VIII c. 10) — durch das sog. alte Statute of Wills von 1540 (32 Henr. VIII c. 1) wieder zur Geltung: es wurde Testierfreiheit für das gesamte socage und für zwei Drittel der military tenures des Erblassers gewährt; dies wurde durch 12 Charl II c. 24 auf den gesamten Immobiliarnachlaß mit Ausnahme des copyholds erstreckt und auch für dieses dann 1815 (55 Geo. III c. 192) durchgeführt *[836]*.

Ein für real und personal property im wesentlichen gleichförmiges Testamentsrecht wurde dann durch die New Wills Act von 1837 (1 Vict. c. 26) festgelegt. Danach besteht völlige Testierfreiheit ohne irgendwelche Beschränkung durch ein Pflichtteilsrecht, — ein Satz, der das Fortbestehen verschiedener gesetzlicher Erbfolgeordnungen für Mobilien und Immobilien verständlich macht; die Testamentsmündigkeit — früher für Männer mit 14, für Frauen mit 12 Jahren eintretend — beginnt jetzt einheitlich mit 21 Jahren; die Ehefrau — früher beschränkt — kann seit 1882 bzw. 1893 (56/56 Vict. c. 63) frei über freies Vermögen testieren; die Form des Testaments (will) — früher für die Immobiliartestamente den Regeln der Immobiliarurkunden unterworfen, während man sich für Mobiliartestamente mit einfacher

Schriftlichkeit begnügte — ist jetzt einheitlich Schriftlichkeit unter Zuziehung zweier Zeugen; mündliches Testament genügt nur für Seeleute und Soldaten. Die Verfügung erfolgt nicht durch Erbeinsetzung, sondern nur durch Anordnung von Vermächtnissen über Immobiliargut (devise) oder über Mobiliargut (legacy); wird der Überrest, das residuum, jemandem vermacht, so ist auch dieser Bedachte ebenfalls nur Legatar (residuary legacy); regelmäßig wird ein Testamentsexekutor (executor) ernannt. Das Testament erhält nach dem Tode des Erblassers volle Wirksamkeit erst durch die gerichtliche Anerkennung seiner Gültigkeit im Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit, probate; seit dem 13. Jahrhundert für die Mobiliartestamente durch die Kirche entwickelt, lag das Verfahren — im Zusammenhang mit der bereits erwähnten Nachlaßverwaltung des Ordinarius — in den Händen der kirchlichen Behörden, bis es 1857 (20/21 Vict. c. 77) weltlichen Behörden (District Probate Registries, Principal Registry in London Court of probate, jetzt Probate Division) übertragen worden ist; das Verfahren besteht, soweit es nicht zum Rechtsstreit kommt, in der Eintragung einer Abschrift des in Gerichtsverwahrung zu nehmenden Testaments in das Register und Aushändigung einer Abschrift an den executor oder administrator, der eidlich die Echtheit zu versichern hat (vgl. Schuster, Rechtspflege 245 ff.).

3. Der Eintritt des Erbfalls hat den unmittelbaren Anfall des Immobiliarvermögens an den heir-at-law bzw. die Vermächtnisnehmer (devisees) zur grundsätzlichen Folge. Das Mobiliargut dagegen fällt grundsätzlich weder den Vermächtnisnehmern noch den nach Erschöpfung der Vermächtnisse Berufenen unmittelbar an; vielmehr erhalten diese alles aus den Händen des executor oder administrator, und zwar wird der executor durch das Testament bestimmt, der administrator dagegen von der Behörde ernannt, wenn die Frage im Testament übergangen oder kein Testament vorhanden ist. Der executor wird schon im Mittelalter von den geistlichen Gerichten als ipso iure eintretender Universalsukzessor des Erblassers behandelt. Dagegen findet eine Universalsukzession des administrators erst statt durch seine Bestellung seitens des Ordinarius bzw. jetzt seitens der weltlichen Behörde; dementsprechend behandelte man früher den Ordinarius, jetzt den Judge of Probate als den zunächst eintretenden Sukzessor des Verstorbenen (21/22 Vict. c. 95 s. 19); doch wird die Sukzession des administrator für gewisse dem Nachlaß günstige Handlungen auf den Todesmoment nachträglich zurückbezogen, eine Gestaltung, die der neueren romanisierenden Jurisprudenz den Gedanken einer hereditas iacens naheliegend erscheinen läßt.

Zum executor kann im Testament wirksam jeder Testamentsfähige ernannt werden, aber auch infants. Als administrator müssen seit 1357 (31 Edw. II c. 11) die next and most lawful friends bestellt werden; dies ist durch 21 Henr. VIII c. 5 weiter ausgeführt, und der heutige Rechtszustand ist der, daß für die verstorbene Ehefrau der Witwer (und zwar ohne grant seitens des Gerichts ipso jure) administrator ist, ferner wird im umgekehrten Fall die Witwe zum administrator ernannt, sodann der nächste Verwandte nach dem oben für die gesetzliche Mobiliarerbfolge bezeichneten Maßstabe; zwischen gleich nahen Verwandten hat das Gericht die Wahl; es können auch mehrere gemeinsam ernannt werden; fehlt es an einem zur Übernahme bereiten Verwandten, so kann ein Gläubiger ernannt werden, äußerstenfalls ein vom Gericht auszuwählender geeigneter Dritter (auch ein fremder Konsul, 24/25 Vict. c. 121). Die *[837]* gleichen Grundsätze gelten bei der Ernennung eines administrator für ein Testament, in dem entweder kein executor ernannt war oder dessen executor, etwa durch Ablehnung, fortgefallen ist (administration cum testamento annexo); ist der geborene administrator ein infant, so wird sein guardian ernannt, oder seine Mitadministratoren verwalten allein. Die Einzelexekution und Administration wird der Verwaltung durch mehrere (joint administration) in der Praxis der Gerichte vorgezogen. Jeder administrator muß durch bond (s. o. § 7 Nr. 2) Kaution für pflichtmäßige Verwaltung leisten, und zwar zugunsten eines Treuhänders der Interessenten (20/21 Vict. c. 77, 21/22 Vict. c. 95).

Durch die Land Transfer Act von 1897 (60/61 Vict. c. 65) ist, im schroffen Gegensatz zu dem bis dahin geltenden Recht, der Exekutionsgedanke auch auf Immobiliarvermögen ausgedehnt: für alle real estates des Verstorbenen ist, soweit nicht Akkreszenzrechte begründet sind, der zur Verwaltung der personal property Berufene Verwalter, doch ist er nicht Universalsukzessor, sondern als trustee nur Verfüger über fremdes Recht, so daß der Gedanke des ipso-

iure-Anfalls an den Immobiliarerben hier unberührt geblieben ist. Im übrigen gelten für die Verwaltung die gleichen Grundsätze.

Der administrator oder executor hat den Erblasser zu beerdigen, sein Testament bestätigen zu lassen (prove the will); er hat ein Inventar zu errichten, den Nachlaß, eventuell durch Klageanstellung, zu „sammeln" (collect) und nötigenfalls zu versilbern, sodann die Schulden zu tilgen, die Vermächtnisse zu erfüllen bzw. die real estates den Berechtigten herauszugeben und schließlich den Rest zu verteilen (distribution).

Was die Schuldenhaftung anlangt, so haftet der administrator bzw. executor für die sämtlichen überhaupt vererblichen Schulden des Erblassers seit alters mit dem gesamten Mobiliarnachlaß (personal assets), dagegen über diesen hinaus nur im Fall der Pflichtverletzung in Höhe der Verschlechterung des Nachlasses (devastavit, wasting the assets). Anderseits bestand für den Immobiliarnachlaß (real assets), den lehnrechtlichen Anschauungen entsprechend, überhaupt keine Schuldenhaftung: zu Eduards I. Zeit wird eine Haftung des gesetzlichen Immobiliarerben nur anerkannt, soweit er in einem Formalkontrakt (specialty, d. i. record- oder deed-Schuld) des Erblassers ausdrücklich mit verpflichtet war; erst 1690 (3 Will. und Mary c. 14, ergänzt durch 1 Will. IV c. 47) wurde dies auch für den Testamentserben (devisee) angeordnet; die Haftung für formlos begründete Schulden wurde zuerst in equity im Handelsrecht, dann allmählich allgemein anerkannt (11 Geo. IV c. und Will. IV c. 47, 3/4 Will. IV c. 104), und zwar bedarf es heute nicht mehr der Kontrahierung zu Lasten des Sukzessors; durch Hinde Palmer's Act von 1869 (32/33 Vict. c. 46) ist der alte Vorrang der Schuld aus deed vor der Schuld aus simple contract endgültig beseitigt. Die beschränkte Haftung des gesamten Nachlasses für die Schulden des Erblassers besteht sonach heute ausnahmslos, und zwar werden die Gläubiger in folgender Reihenfolge befriedigt: Beerdigungskosten und Verwaltungskosten, Forderungen der Krone (auf Grund von specialty), durch Statut privilegierte Forderungen (income-tax, poor-rates), record-Forderungen (judgement, recognizance; s. o. § 7 Nr. 1), sodann pari passu (mit Vorzugsrecht des Verwalters für eigene Forderungen, retainer) die übrigen Schulden. Der Verwalter ist nach ordnungsmäßiger Schuldentilgung gegen den sich verspätet meldenden Gläubiger geschützt (plea of plene administravit).

Die Legate werden nötigenfalls pro rata gekürzt (abatement), doch gilt dies zunächst nur von den general legacies im Gegensatz zu den specific und demonstrative legacies auf bestimmte Gegenstände; durch Tod des Legatars (legatee) vor dem Erblasser tritt Verfall des Legats ein (the legacy lapses), ausgenommen Legate zugunsten eines Deszendenden des Erblassers, falls der Legatar Nachkommenschaft hinterläßt (Wills Act von 1837).

Stirbt ein Erblasser insolvent, so findet Konkurs über den Nachlaß statt (Bankruptcy Act von 1883, 46/47 Vict. c. 52 s. 125 ff.).

Pollock and Maitland II 237 ff.; Blackstone II ch. 16 und 26; 35; Stephen, b. II p. 1 ch. 11 und 20, b. II p. 2 ch. 7; Renton, Encycl. s. inheritance, executor und will; Wertheim, s. h. v.; Gundermann, S. 157 ff.; Böhm, Internationale Nachlaßbehandlung, §§ 43 ff., 1895 ²; Campbell bei Leske-Löwenfeld, Rechtsverfolgung I 314 ff.; Inhülsen, das. II, 899 ff.; Moritz Meyer, Grundzüge des englischen Erbrechts, Z. f. vgl. R.W. 16 S. 337 ff.; Liebegott, Nachlaßbehandlung im englischen Recht, Arch. f. B. R. 38 S. 335 ff.; Holmes (-Leonhard) Common Law S. 344—377; vgl. die oben angeführten Werke über real und personal property; Jarman, Treatise on the law of wills, 1910 ⁶; Theobald, Treatise on .. wills, 1908 ⁷; Hayes and Jarman, Forms of wills, 1910 ¹³; Wood, On administrations, executorships, 1894; Powles and Oakley (Browne), Practice of the court of probate, 1906 ⁴; Williams, Law of executors, 1905 ¹⁰.

§ 9. Das Familienrecht.

1. Das Eherecht hat *[838]* sich in England durchaus unter kirchlichem Einfluß entwickelt, und noch heute steht das englische Eherecht unter dem Zeichen seiner kanonischen Grundlagen. Bereits seit dem 7. Jahrhundert macht die Kirche ihren Einfluß geltend, in der Mitte des 12. Jahrhunderts gehören die Ehesachen vor das kirchliche Forum, seit Glanvillas Zeit ist das kanonische Recht das englische Eherecht. Seit der Kirchenreformation ergingen mehrfach staatliche Ehegesetze und modifizierten das kirchliche Recht, aber die kirchliche Gerichts-

barkeit in Ehesachen wurde erst 1857 (20/21 Vict. c. 85) beseitigt und durch die Jurisdiktion des Court of Divorce and Matrimonial Causes (seit 1873 Teil des High Court) ersetzt.

a) Der Eheschluß erfolgte im mittelalterlichen England nach kanonischem Recht durch sponsalia de praesenti oder durch sponsalia de futuro mit copula carnalis; die alten germanischen Formen (Hazeltine, Zur Geschichte der Eheschließung nach ags. Recht, Festgabe für Hübner 1905) wurden unwesentlich und verschwanden; später wurde zwar das Tridentinum nicht aufgenommen, aber trotzdem entwickelte sich in der common law der Satz, daß die Ehe nur gültig sei, wenn sie vor einem ordained clergyman geschlossen war (26 Geo. II c. 33), und noch 1823 (4 Geo. IV c. 76) wurde gefordert, daß die Ehe — außer für Quäker und Juden — nach den Regeln der Kirche von England geschlossen sein müsse. Durch die Marriage Act von 1836 (6/7 Will. IV c. 85, die später wiederholt ergänzte Hauptquelle des geltenden formellen Eherechts) wurde die fakultative Zivilehe eingeführt. Danach kann der Eheschluß in dem (ebenfalls seit 1836 bestehenden) Standesamt, und zwar im Amtsraum des superintendent registrar, vor einem registrar (s. o. § 5 Nr. 1) stattfinden, oder aber kirchlich, und zwar wird hier unterschieden der Abschluß vor der Kirche von England, nach den Gebräuchen der Quäker und Juden und endlich in einem Gebäude „certified as a place of religious worship and registered for the solemnization of marriages", hier aber bis 1898 ebenfalls nur in Gegenwart des Distriktsregistrars, was jedoch durch 61/62 Vict. c. 58 für England aufgehoben ist, so daß jetzt die Gegenwart einer von dem Leiter des Gotteshauses (insbesondere dem katholischen Bischof) duly authorised person, also insbesondere des katholischen Priesters oder eines sonstigen nicht konformistischen Geistlichen genügt. Im letzteren Fall und ebenfalls bei Abschluß auf dem Standesamt ist die Gegenwart von mindestens zwei Zeugen vorgeschrieben und die Erklärung beider Nupturienten, daß der eine den andern zum wedded wife bzw. husband nimmt. Dem Eheschluß vorangehen muß ein Aufgebot; dieses bestand noch gemäß 4 Geo. IV c. 76 (1823) lediglich im Aufgebot, ban, seitens der Kirche, der durch Dispensation, licence, des Ordinarius (common licence) oder des Erzbischofs von Canterbury (special licence) ersetzt werden konnte; durch die Marriage Act von 1836 ist daneben ein standesamtliches Aufgebot (einundzwanzigtägiges Aushängen im Standesamt nach Registrierung im Marriage Notice Book) eingeführt, über das ein Zertifikat als Grundlage der Trauhandlung ausgestellt wird; auch vom standesamtlichen Aufgebot kann dispensiert werden (certificate with licence), doch ist eine solche staatliche Dispensation hinsichtlich einer vor der Kirche von England vorzunehmenden Trauhandlung unwirksam; im übrigen wirkt das staatliche Aufgebot für die Staatskirche, Quäker und Juden, während sonst die Ehe auf Grund des standesamtlichen Zertifikats in einem Religionsgebäude, insbesondere in einer katholischen Kirche, nur geschlossen werden kann, wenn die kirchliche Behörde zustimmt; die Marriage Validity Act 1899 (62/63 Vict. c. 27) erklärt das irische Aufgebot für in England geschlossene Ehen der Irländer und umgekehrt, für ausreichend. Jede Ehe ist zu registrieren; die Religionsdiener haben regelmäßig über ihre Registrierungen an den Superintendent registrar zu berichten. Englische Eheschlüsse, deren Gültigkeit zweifelhaft ist, können durch eine, dem Parlament vorzulegende provisional ordre des Staatssekretärs nachträglich gesichert werden (5 Edw. VII c. 23, 1905). Für außerhalb Englands geschlossene Ehen gilt der Satz locus regit actum, doch wurde dem Schmied von Gretna Green, der die Formlosigkeit des schottischen Eheschlusses ausnutzte, 1856 (19/20 Vict. c. 96) das Handwerk gelegt.

Die kanonischen Ehehindernisse sind sehr zusammengeschmolzen; als canonical disability im technischen Sinne kommen hauptsächlich Sterilität und Impotenz in Betracht, während *[839]* man als sog. civil disabilities aufzuzählen pflegt: α) bereits bestehende Ehe; β) Unzurechnungsfähigkeit (insanity, want of reasons); der lunatic kann auch im lichten Augenblick die Ehe nicht schließen; γ) unzulässige Verwandtschaft oder Schwägerschaft (undue proximity of relationship), d. s. in Anlehnung an das kanonische Recht (32 Henr. VIII c. 38, 5/6 Will. IV c. 56) Verwandte und Verschwägerte in gerader Linie schlechthin, sowie in den Seitenlinien bis einschließlich zum dritten Grade römischer Zählung, so daß die Ehe mit der Schwester oder der Nichte der verstorbenen Frau noch bis vor kurzem immer verboten war (dazu Rathenau, Z. f. vgl. R.W. 15, 309 ff.), erst 1907 ist durch die deceased wifes sisters marriage Act (7 Edw. VII c. 47) die Ehe mit der Schwester der verstorbenen Frau gestattet worden; δ) mangelndes Alter, und zwar ist entsprechend dem kanonischen Recht der Mann mit 14, die Frau mit 12 Jahren

ehemündig; eine Ehe zwischen jüngeren Personen ist, falls sie nur über 7 Jahr alt sind, nicht nichtig, sondern inchoate und imperfect und kann nach erreichter Ehemündigkeit durch Konsens geheilt werden; im übrigen führen die Impedimente zur nullity of marriage und ebenso Betrug, Zwang, Irrtum über die Person sowie der Verstoß gegen bestimmte Formvorschriften (Ort, Gegenwart des Geistlichen bzw. Standesbeamten, Aufgebot, während unzutreffende Versicherungen und Eide zwecks Erlangung des Aufgebots nur güterrechtliche Folgen haben). Die Zustimmung (consent) von parent bzw. guardian zum Eheschluß einer (nichtverwitweten) Person unter 21 Jahren hat dagegen unmittelbare Bedeutung lediglich für das Aufgebotsverfahren: rechtzeitiger Widerspruch des Konsensberechtigten macht die Publikation nichtig; im übrigen bedarf es vor Einleitung des Aufgebots bzw. vor Erteilung des Dispenses nur der feierlichen Versicherung (bei kirchlichem Aufgebot des Eides), daß der Konsens erteilt oder mangels eines Konsensberechtigten nicht erforderlich ist. Atteste über das Nichtbestehen von Impedimenten ordnet zur Erleichterung des Eheschlusses mit Ausländern an die Marriage with foreigners Act 1906 (6 Edw. VII c. 40).

Bei Verlöbnisbruch (breach of promise, sc. to marry) wird dem Verletzten eine Schadensklage wegen Vertragsbruchs (mit Entschädigung for the injury and misery to the prospects and situation of life und unter Umständen exemplary damages) gegeben, über die eine Fülle von Präjudizien besteht; das Verlöbnis bindet aber Personen unter 21 Jahren nicht (vgl. Dernburg, B.R. IV, 23; Karina Zehme, Das Verlöbnis in England, Frankreich und Deutschland, 1909; Schmitt, Verlöbnis, 1911).

b) An Stelle des germanischen Ehetrennungsrechts der Angelsachsen hat die Kirche die Unlösbarkeit der Ehe im anglonormannischen Rechte durchgesetzt, und die common law kannte daher bis 1857 nur eine Trennung a mensa et thoro sowie die als divorce a vinculo bezeichnete Nichtigkeitserklärung; doch entwickelte sich nach der Kirchenreformation eine — schwer durchzusetzende — Ehescheidung mittels private act des Parlaments. Erst die Matrimonial Causes Act vom 28. August 1857 (20, 21 Vict. c. 85, vgl. Matr. Causes act. 1866 und 1907) führte eine gerichtliche Scheidung a vinculo matrimonii (dissolution) in engen Grenzen ein, behielt aber daneben die Trennung von Tisch und Bett als judicial separation bei. Letztere ist danach zulässig wegen einfachen Ehebruchs, cruelty (einschließlich seelischer Verletzung, z. B. durch Drohung, Mißhandlung der Kinder) und zweijähriger grundloser desertion, auf Antrag des Mannes wie der Frau; die dissolution anderseits kann der Mann wegen einfachen Ehebruchs fordern, die Frau aber nur wegen incestuous adultery (d. i. Ehebruch innerhalb der im Fall des Todes der Frau verbotenen Grade), bigamy with adultery, rape (Notzucht), sodomy, bestiality und wegen adultery, verbunden mit cruelty oder mit zweijähriger desertion, derart, daß Teilnahme, Konnivenz oder Verzeihung des Klägers bezüglich des Ehebruchs ebenso wie Kollusion der Parteien die Klage ausschließt, während sie wegen gewisser Fälle der Verschuldung auf seiten des Klägers (insbesondere adultery, cruelty, desertion etc.) nach freiem Ermessen abgewiesen werden kann. Die Praxis sucht hier und da dieses strenge Scheidungsrecht zugunsten der Frau etwas zu erweitern (z. B. D.Jur.Z. VII S. 113). — Die nullity of marriage wirkt entweder so, daß die Ehe void ab initio, d. h. nichtig, oder nur voidable, d. h. anfechtbar ist; die Nichtigkeit kann in jeder beliebigen Weise, auch als Inzidentpunkt und insbesondere auch nach dem Tode der Parteien geltend gemacht werden; dagegen bedarf es bei Anfechtbarkeit stets einer sentence of nullity, die nach dem Tode eines der Gatten nicht mehr herbeigeführt werden kann; zur ersteren Gruppe gehören die Fälle des Formmangels und der civil disabilities, zur letzteren die canonical disabilities.

Pollock and Maitland II 362 ff.; Blackstone I ch. 15; Stephen, b. III ch. 2; Lexika s. v. marriage und divorce; Bishop, Commentaries on marriage, 1881 [6]; Geary, Law of marriage, 1892; Browne and Powles, Law and practice in divorce, 1905 [7]; Dixon, Law and practice in divorce, 1908 [4]; Hall, Law and Practice in Divorce and Matrimonial Causes 1905; Stephen, The book of Common Prayer 1849; Friedberg, Recht der Eheschließung, Leipzig 1865; Neubauer, Z. f. vgl. R.W. VII 297 ff.; Marianne Weber, Ehefrau und Mutter 1907 S. 249 ff., 361 ff.; Ernst Schuster, Die Ehefrau in alter und neuer Zeit 1911 S. 82 ff.; Goldberg bei Leske-Löwenfeld IV S. 489 ff.

c) Im Ehegüterrecht ist *[840]* vom englischen Recht der Gedanke einer Gütergemeinschaft abgelehnt und der alte germanische Gedanke der ehemännlichen muntschaftlichen

Gewere, der sog. Verwaltungsgemeinschaft, durchgeführt worden; die Einzelheiten haben seit der Eroberung ihre eigenartige und überaus harte Ausgestaltung dadurch erhalten, daß man den Muntschaftsgedanken mit der Sentenz, daß Mann und Weib eine Seele und ein Leib sind (quasi una persona), kombinierte und weitgehende Folgerungen aus diesem Grundsatz zog, daß sich ferner infolge der geistlichen Gerichtsbarkeit über die Mobiliarerbsachen früh auch das eheliche Güterrecht an Fahrnis und an Immobilien zweite, und endlich, daß bis zur neuesten Zeit die Bedürfnisse der oberen Klassen allein für die Entwicklung maßgebend blieben. Der Gedanke der una persona zunächst hatte in der common law u. a. zu den Sätzen geführt, daß Übereignungen, Verträge und Klagen unter den Ehegatten ausgeschlossen waren, und daß — bis in neueste Zeit — weder in Zivil- noch in Strafprozessen die Eheleute für- oder gegeneinander Zeugnis ablegen konnten. Im übrigen aber blieb das Prinzip der ehemännlichen Muntschaft, im Sinne eines nutzbaren Rechts, der leitende Grundgedanke; die Frau ist in der Gewalt des Mannes: femina viro cooperta, feme covert, und wie diese sog. coverture der Frau auf persönlichem Gebiete zu dem erst seit Karls II. Zeit bezweifelten ehemännlichen Züchtigungsrechte führte, als dessen Rest noch heute die Befugnis zur Freiheitsbeschränkung bei gross misbehaviour besteht, ist die coverture im Vermögensrecht zur fast völligen Beherrschung des Frauenvermögens durch den Mann ausgestaltet worden. Der Ehemann hat danach an allen Immobilien der Frau (auch den während der Ehe erworbenen) Besitz, Nutznießung und Verwaltung; die freehold estates (s. o. § 6 Nr. 3, 4) konnten nach alter common law während der Ehe überhaupt nicht veräußert werden; erst durch die Einführung der fines (s. o. § 6, 4 a) wurde die Veräußerung möglich, und erst seit neuerer Zeit konnte sie durch gemeinsam von Mann und Frau ausgestellte gesiegelte Urkunde erfolgen; über leasehold der Frau kann dagegen der Mann unter Lebenden beliebig allein verfügen; bei fruchtbarer Ehe hat der Mann die lebenslängliche Nutznießung an allem fee simple und fee tail der vorverstorbenen Frau, die anglonormannische (dazu Brunner, Sav.-Z. 16 S. 98) tenure by the curtesy of England. Am gesamten Mobiliarvermögen, personal chattels, anderseits erhält der Ehemann unbeschränktes Eigentum (absolute property); er verfügt unter Lebenden und von Todes wegen vollkommen frei darüber, und es gehört zu seinem Mobiliarnachlaß; eine Besonderheit besteht für die sog. paraphernalia, die Kleider und Schmucksachen der Frau (das letzte Überbleibsel der alten Gerade), die zwar ebenfalls seiner Verfügung unterliegen und für seine Schulden haften, aber nicht zu seinem Nachlaß gehören; ferner unterliegen besonderer Behandlung die Forderungen der Frau, choses in action, die bis zu der — dem Mann während bestehender Ehe allein zukommenden — Einziehung Vermögen der Frau bleiben. Der Mann haftet während der Ehe für alle vorehelichen Geschäfts- und Deliktsschulden der Frau und für ihre zur Ehezeit begangenen torts; nach Lösung der Ehe beschränkt sich diese Haftung dagegen wieder auf das Frauenvermögen. Die Frau kann sich während der Ehe durch Verträge nicht verpflichten, hat aber — by an implied agency — die Schlüsselgewalt zur Beschaffung der necessaries. Zum Ausgleich hat die Frau außer dem Anspruch auf standesgemäßen Unterhalt während der Ehe ihr — schon von der Magna Charta anerkanntes — Wittum, dower (dotarium), d. h. Nutznießung an dem ihr schon während stehender Ehe verfangenen Drittel des fee simple und fee tail des Mannes nach dessen Tode; entsprechend hat sie an einem nach der Gewohnheit des betreffenden manor bemessenen Teil seines copyhold (o. § 6, 2) die sog. freebench, an der Hälfte seines gavelkind land (s. o. § 6, 2) und an seinem ganzen städtischen Erblehn (borough english; s. o. § 6, 2) ebenfalls die entsprechende Nutznießung; endlich hat sie das im Erbrecht bereits erwähnte Intestaterbrecht am Drittel bzw. an der Hälfte seines Mobiliarnachlasses, in welchem freilich ihr gesamtes ursprüngliches Mobiliarvermögen enthalten ist. (Vgl. Brunner, Forschungen S. 708 ff.)

Dieses *[841]* auf die Bedürfnisse des Lehnsadels zugeschnittene Ehegüterrecht genügte mit zunehmender Bedeutung der Fahrhabe und mit steigender kapitalistischer Wirtschaftsweise seit der Zeit der Elisabeth den besitzenden Klassen nicht mehr, und die Equity-Gerichte ließen daher unter Verwendung ihrer Treuhänderdoktrin allmählich (Lady Gore's case 1705) eine separate property in den Händen von trustees derart zu, daß die Frau durch Anweisung an die trustees über das Sondergut so frei verfügen konnte wie eine feme sole über ihr Vermögen. Zum trustee konnte bald auch der Ehemann bestellt werden; ja, er war gesetzlicher trustee, wenn das Gut der Frau direkt zugewendet wurde, und er konnte jetzt auch selbst an die Frau

Rechte übertragen, wenn er sich selbst zu ihrem trustee für diese Rechte bestellte. Damit kam die gentry mittels der in ihren Kreisen nunmehr stets abgeschlossenen Eheverträge, marriage settlements, über alle Schwierigkeiten hinweg: im settlement setzt gewöhnlich der Mann der Frau ein Nadelgeld, pin-money, und für den Fall seines Todes eine Ehezuwendung, jointure, aus (durch die schon seit 27 Henr. VIII c. 10 das Recht auf dower ausgeschlossen wird), während anderseits das Vermögen der Frau zum Teil dieser vorbehalten, zum Teil dem Mann zur vorübergehenden Nutznießung überlassen, zum Teil den Kindern gesichert wird usw., immer unter Verwendung von Treuhändern (Beispiele bei Solly 59 ff.) und oft mit der der Frau auferlegten Klausel (restraint on anticipation), daß sie nicht über künftiges Einkommen durch Anweisung an die Treuhänder verfügen darf (vgl. auch Heck, Arch. f. B.R. 4, 93). Erfolgt der Vertragsschluß vor Eingehung der Ehe (antenuptial settlement), so ist die future marriage eine so wertvolle consideration, daß, abgesehen von Fällen des fraud, der Bestand gegenüber „aller Welt", insbesondere gegenüber sämtlichen Gläubigern des Ehemannes, gesichert ist; das postnuptial settlement steht nicht in gleicher Weise sicher. (Zum Mitgiftversprechen vgl. jetzt Neubecker, Die Mitgift, 1909 S. 93 ff.)

Für die nichtbegüterten Klassen, welche solche Verträge natürlich nicht schlossen, blieb es bei dem alten gesetzlichen Güterrecht, das dem Mann mit dem gesamten — hier allein in Betracht kommenden — Mobiliarvermögen der Frau insbesondere auch deren gesamten Mobiliarquästus überlieferte. Wenig nützte diesen Klassen auch die von den Billigkeitsgerichten entwickelte Doktrin, daß der Ehemann Forderungen der Ehefrau nur einklagen kann, wenn er beweist, daß der Klaggegenstand ihr zum Teil oder völlig durch Ehevertrag vorbehalten ist (sog. equity to a settlement). Erst in der Divorce Act von 1857 (20/21 Vict. c. 85) erscheint ein neuer Gedanke: die grundlos verlassene Ehefrau kann (s. 21) eine gerichtliche protection order erlangen, durch welche ihr aller Erwerb aus lawful industry und nach der desertion erworbener property von allen ehemännlichen Rechten frei bleibt. Entsprechend steht eine gerichtlich separierte Frau (s. 25/26). Hieran reihten sich dann weitere Statuten mit der gleichen Tendenz (21/22 Vict. c. 108, 27/28 Vict. c. 44), bis schließlich die Married Womens' Property Act von 1870 (33, 34 Vict. c. 93) und das auf ihr weiterbauende gleichnamige Gesetz von 1882 (45/46 Vict. c. 75, ergänzt durch 47/48 Vict. c. 14 von 1884 und 56/57 Vict. c. 63 von 1893 und 7 Edw. VII c. 18, 1907) tatsächlich die recht extreme Durchführung völliger Gütertrennung an Stelle des alten Systems brachten. Danach hat bei allen seit 1. Januar 1883 geschlossenen Ehen die Ehefrau alles eingebrachte oder nachträglich erworbene Gut als separata estate, Sondergut, und die Ehefrau einer Ehe alten Rechts steht wenigstens ebenso hinsichtlich des seit 1. Januar 1883 erworbenen Guts, wobei zu beachten ist, daß schon seit dem Gesetz von 1870 wenigstens gewisse wichtige Teile des Vermögens gesetzliches Sondergut waren. Die Ehefrau ist ferner (seit 1893) in bezug auf ihre separate property unbeschränkt vertrags- und prozeßfähig, und für ihre Vertragsschulden haftet nach Lösung der Ehe ihre gesamtes Vermögen überhaupt, nach dem Married Women Property Act 1908 haftet das Sondergut auch für die Alimentation ihrer Eltern (im Gegensatz zur bisherigen Judikatur, Pontipool guardians v. Buck 1906); die selbständig handeltreibende Ehefrau ist der Konkursordnung unterworfen. Die Haftung des Ehemanns für Geschäftsschulden der Frau beschränkt sich jetzt auf das etwa ihm eingebrachte Gut, dagegen ist er (Queens Bench D., bestr.) auch weiterhin für die torts der Frau mitverhaftet. Aufrechterhalten sind die Grundsätze über dower, curtesy of England (Hope v. Hope 1892, 2 ch. 336, jetzt als quasi descent) und — ausdrücklich — über die Eheverträge (s. 19 Ges. von 1882); doch ist das settlement der Unmündigen erst bindend, wenn sie es nach erlangter Volljährigkeit bestätigt (s. 2 des zit. Ges. von 1907); sie kann seit 1907 auch selbst protector of the settlement sein. Für das Recht auf dower ist dabei die Dower Act von 1883 (3/4 Will. IV c. 105) maßgebend, wonach *[842]* der Anspruch der Frau nicht bloß durch eine andere Zuwendung (jointure; s. o.), sondern auch durch einfache Urkunde oder letztwillige Erklärung des Ehemanns ausgeschlossen werden kann und sogar als ausgeschlossen vermutet wird, wenn der Witwe überhaupt Grundstücke von ihm legiert sind. — Rechtsgeschäfte der Ehegatten untereinander sind nunmehr unbeschränkt möglich (14 Q. B. D. 831); mit Ausnahme der Deliktsklagen sind zwischen ihnen auch alle Rechtsschutzmittel gegeben, doch steht schon nach s. 17 Ges. von 1882 (cfr. 58/59 Vict. c. 39) ein summarisches Verfahren zu Gebote,

das ohne Rücksicht auf die Höhe des Objekts auch vor dem county court judge stattfinden kann. Bei der Unterhaltspflicht des Ehemanns während der Ehe ist es — zugleich mit der daraus gefolgerten Schlüsselgewalt der Frau — verblieben, und zwar kann die Frau bei Desertion oder Sävitien Geldalimentation fordern (58/59 Vict. c. 39, 1895); anderseits ist die Frau dem Mann alimentationspflichtig und haftet hierfür (s. 20 Ges. von 1882) eventuell dem Armenverband. Die marriage settlements der Begüterten sind nach wie vor im Gebrauch geblieben.

Pollock and Maitland II 397 ff.; Blackstone I ch. 15; Stephen III ch. 2; Lexika, s. v. husband and wife, woman etc.; Solly, Grundsätze des engl. Rechts über Grundbesitz, Erbfolge und Güterrecht, 1853; Ashworth, Das Wittum im englischen Recht 1898; Eversley, Law of domestic relations, 1906 [3]; Lush, Law of husband and wife, 1910 [3]; Griffith, Married women's property act 1891 [6]; Vaizey, Treatise on the law of settlements, 1887; Banning, On Marriage Settlements, 1884; van Swinderen, Z. f. vgl. R.W. V 275 ff.; Marianne Weber, Ehefrau und Mutter, 1907 S. 249 ff., 361 ff.; Ernst Schuster, Die Ehefrau, 1911 S. 72 ff.; Goldberg bei Leske-Löwenfeld IV S. 507 ff. Neubecker, Der Ehe- und Erbvertrag 1914 S. 54 ff., S. 153 ff.

2. Kindesverhältnis. a) Ehelich (legitimate) prima facie ist nach altem englischen Recht nur das in der Ehe erzeugte oder geborene Kind sowie das vor der Ehe erzeugte und nach ihrer Beendigung von der Witwe geborene. Die Legitimation per subsequens matrimonium ist — entsprechend dem berühmten Reichsschluß von Merton 1236 — dem englischen Recht noch heute fremd (vgl. Kogler, Sav.-Z. germ. 25 S. 109); nur durch Parlamentsakte kann eine Legitimation erfolgen. Die Präsumption der Vaterschaft war von alters schwer zu widerlegen; durchgreifenden Gegenbeweis machte schon früh die Unmöglichkeit der Beiwohnung infolge Abwesenheit des Ehemanns während der Konzeptionszeit extra quattuor maria (d. h. außerhalb des Königreichs); im übrigen wird die Beiwohnung präsumiert und muß durch Beweis der Impotenz bzw. der Unmöglichkeit oder des tatsächlichen Nichterfolgtseins der Beiwohnung widerlegt werden; als Konzeptionszeit werden 9 Kalendermonate oder 40 Wochen im allgemeinen angenommen, doch wird die Frage der Konzeptionszeit in jedem einzelnen Fall als Tatfrage behandelt. Das Kind der wieder heiratenden Witwe, welches nach Maßgabe der Konzeptionszeit sowohl vom ersten wie vom zweiten Ehemann erzeugt sein könnte, kann sich nach Erreichung der Diskretionsjahre den Vater wählen. Die Adoption ist dem englischen Recht unbekannt; das tatsächliche Pflegeelternverhältnis hat einige Bedeutung bei Auslegung der Testamente.

b) Die elterliche Gewalt ist schon seit dem 13. Jahrhundert zu einer bloßen gesetzlichen Altersvormundschaft (guardianship) des Vaters bzw. der Mutter abgeschwächt; sie endet daher schon seit Bractons Tagen mit erreichter Volljährigkeit. Der Vater ist verpflichtet zur protection, d. h. insbesondere zur gerichtlichen Vertretung; ferner zur education, die sich nach der weltlichen Seite nur auf elementaren Unterricht im Lesen, Schreiben und Rechnen zu erstrecken braucht (39/40 Vict. c. 29, 43/44 Vict. c. 23, für Schottland erst 1 Edw. VII c. 9, 1901), aber suitable to exspectations gewährt werden soll, während anderseits die religiöse Erziehung vom Vater bestimmt wird (und zwar gilt auch nach seinem Tode die Präsumption, daß er das Kind in seiner Konfession erziehen lassen wollte, und es wird gegen Erziehung in einer andern Konfession [etwa seitens der Mutter] gerichtlich eingeschritten, es sei denn, daß die abweichende konfessionelle Erziehung nach Art und Dauer bereits deep impression gemacht hat); endlich hat der Vater in noch kärglicheren Grenzen die Pflicht zur Alimentation, maintenance: diese erstreckt sich nur auf notdürftige — nicht standesgemäße — Alimentation arbeitsunfähiger Kinder und konnte nach alter common law weder vom Kinde, noch von denjenigen Dritten, welche tatsächlich die Fürsorge geleistet hatten, erzwungen werden; doch subintellegiert die Praxis leicht einen Alimentationsvertrag mit Dritten, und die Armengesetzgebung (Poor Laws 43 Eliz. c. 2, 5 Geo. I 8, 59 Geo. III 12, 31/32 Vict. c. 122) hat allmählich eine allgemeine, erzwingbare *[843]* Alimentationspflicht für Vater, Mutter, Großvater und Großmutter und Kind zugunsten arbeitsunfähiger Personen geschaffen. Anderseits hat der Vater das Recht auf possession and custody of the person of his child, er hat das Züchtigungsrecht (das der Lehrer in loco parentis übt), und er ist Verwalter des Kindesvermögens, doch derart, daß er lediglich als guardian wie ein trustee steht, abzurechnen hat und ein eigenes Nutzungsrecht nicht besitzt; das Kind schuldet subjection, honour and reverence.

Nach des Vaters Tode hat die Mutter custody an Stelle des Vaters. Die lose Regelung des englischen Kindesrechts erklärt sich aus der starken sittlichen Kraft des englischen Familienlebens.

c) Das uneheliche Kind (bastard) wird seit alters (aber Brunner, Sav.-Z. 17, 9) familienrechtlich sehr ungünstig behandelt. Es ist filius nullius, filius populi; es steht weder in der Familie seines Erzeugers noch in der seiner Mutter, hat nicht einmal den Namen der letzteren, sondern kann sich einen beliebigen Namen wählen; es hat nach keiner Seite Erbrecht. Doch ist die Mutter zur custody berechtigt und hat die Unterhaltspflicht bis zum vollendeten 16. Jahre bzw. bis zur Heirat der unehelichen Tochter; heiratet die Mutter, so geht diese Pflicht (bis zu ihrem Tode) auf ihren Mann über. Nur die nicht alimentationsfähige Mutter kann innerhalb von 12 Monaten nach der Geburt beim Friedensrichter eine bastardy (affiliation oder maintenance) order auf Alimentation des Kindes gegen den Erzeuger durchsetzen, so daß dieser nur subsidiär haftet (7, 8 Vict. 101; 35, 36 Vict. 65; 36, 37 Vict. 9). Für die verbotenen Ehegrade und die Frage des Inzests hat das natürliche Blutsband dagegen seine volle Wirkung.

Pollock and Maitland II 434 ff., 394 ff.; Blackstone I ch. 16; Stephen III ch. 3; Renton, s. v. infant, parent and chield, bastard etc.; Eversley, l. c., 1906 [3]; Ford, Matrimonial law and guardianship, 1888; Simpson, Infants 1909 [3]; Neubauer, Z. f. vgl. R.W. IV 363.

3. Das Vormundschaftsrecht beruht seit dem Mittelalter auf dem Gedanken der Obervormundschaft des Königs als pater patriae; die Vormundschaft der Familiengenossen ist von alters durch die Tätigkeit der königlicher Beamten stark zurückgedrängt, aber noch in einigen Resten vorhanden. Daß das Vormundschaftsrecht sehr unvollkommen ausgebildet ist, hat man historisch mit Recht zurückgeführt auf die frühe starke Entwicklung der Königsgerichtsbarkeit, welche ein schnelles Eingreifen im konkreten Bedarfsfalle (guardian ad litem; s. u.) ermöglichte, sowie auf die geistliche Gerichtsbarkeit in Mobiliarerbsachen, welche eine Ausdehnung der Grundsätze über die Lehnsvormundschaft (guardianship in chivalry und in socage) auf allodiale Fahrnis verhindern mußte; hemmend wirkte aber, besonders seit Ausgang des Mittelalters, offenbar auch die fast ausschließliche Berücksichtigung der Vermögensinteressen, welche zwar den Bedürfnissen der gentry, nicht aber denen der ärmeren Klassen Rechnung trug. Das englische Recht kennt nur die Vormundschaft über Minderjährige (infants) und über Geisteskranke und -Schwache (lunatics, idiots); eine besondere Vormundschaft über Verschwender (unthrifts; s. u.) ist ihm unbekannt.

a) Die Vormundschaft über infants ruht zunächst, unserer elterlichen Gewalt entsprechend (s. o. Nr. 2), bei Vater bzw. Mutter, die hier unter den allgemeinen Begriff des guardian gebracht werden (guardianship by nature, g. for nature); im übrigen kommen einmal in Betracht die alten, jetzt tatsächlich obsolet gewordenen Fälle der Immobiliarvormundschaft: guardianship in socage, zu welcher der next of blood bis zum vollendeten 14. Jahre des ein socage erbenden infant berufen ist; guardianship by election, welche der socage-Erbe nach vollendetem 14. Lebensjahr durch freie Wahl herbeiführen kann, und guardianship by custom, zu welcher der next of blood eines copyhold-Erben berufen ist; als next of blood ist aber immer nur berufen, wer auch nicht eventuell Intestaterbe des betreffenden socage oder copyhold werden kann. Anderseits kommt als praktisch wichtig zunächst in Betracht der guardian by statute (testamentary guardianship), welcher seit 12 Charl. II c. 24 (o. § 6 Nr. 2) vom Vater (durch deed oder will, unter Ausschluß der gesetzlichen Immobiliarvormünder) für den Fall seines Todes ernannt werden kann, derart, daß seit der Guardianship of Infants Act (49/50 Vict. c. 27) der so ernannte Vormund neben der überlebenden Mutter des infant fungiert, und *[844]* daß auch die Mutter in gleicher Weise einen guardian — eventuell neben dem schon vom Vater bestellten — ernennen kann. Fehlt es an einem so ernannten Vormund, so kann der High Court of Justice, Chancery Division einen Vormund bestellen und den infant damit zum sog. ward of court machen; diese Bestellung erfolgt aber im allgemeinen nur für vermögende Mündel, für unvermögende nur zum Zweck der Heiratsgenehmigung, bei Begehung gewisser strafbarer Handlungen seitens des infant, bei Entsetzung des gesetzlichen Vormunds und in einigen anderen Fällen. Der guardian hat Gewalt über die Person des Mündels; er hat insbesondere den writ of habeas corpus (dem aber das Mündel selbst nicht unterliegt, sobald es reif ist, to exercise a choice on the subject), und er hat das Mündel

zu erziehen; am Vermögen des Mündels anderseits hatte der alte Immobiliarvormund einen eignen estate, entsprechend unserer muntschaftlichen Gewere; dagegen hat der bestellte Vormund lediglich ein Verwaltungsrecht, bedarf zu allen Verfügungen besonderer Ermächtigung seitens des Gerichtshofs und hat am Schluß der Verwaltung abzurechnen. In vielen Fällen kann ein guardian zum Spezialzweck (for special purpose) bestellt werden; der wichtigste Anwendungsfall ist der guardian ad litem, der Vertreter des beklagten infant. Jede Art der guardianship kann wegen Mißbrauchs vom Gericht entzogen werden.

b) Die königliche Fürsorge über idiots (mit dementia a nativitate) und lunatics (mit dementia accidentalis) ist nicht der Chancery Division als solcher, sondern dem Lord Chancellor und den einzelnen Lord Justices persönlich delegiert. Sie wird jetzt für beide Kategorien — einschließlich der in concreto etwa als geistesschwach erscheinenden Taubstummen, Tauben, Stummen, Blind und Tauben — im wesentlichen gleichartig geübt auf Grund der neuen Irrengesetzgebung (Lunacy Act von 1890, 53/54 Vict. c. 5; 1891, 54/55 Vict. c. 65; 1908, 8 Edw. VII c. 47; 1911, 1/2 Geo. V c. 40 Mental Deficiency Act 1913), welche sich zum Teil an ältere Gesetze anschließt. Das Prinzip der alten common law, daß jemand als Geisteskranker nur auf Urteil einer jury behandelt werden darf, die auf Grund eines writ de idiota (lunatico) inquirendo zusammentritt, ist für das ordentliche Verfahren zugunsten vermögender Geisteskranker bewahrt: auf Anweisung des Chancellor entscheidet dessen Untergebener, der master in lunacy, mit mindestens 12 Geschworenen nach eingehender Untersuchung über die Zurechnungsfähigkeit, und es wird sodann für den Geisteskranken eine ihm nahestehende Person als committee zur Fürsorge für Person und Vermögen eingesetzt, derart, daß zwar die Vermögensverwaltung, nicht aber die Obhut der Person dem nächsten Erben anvertraut werden darf und dementsprechend auch zwei verschiedene Personen als committee fungieren können. Der Vermögensverwalter steht wie ein curator und hat dem master of lunacy jährlich Rechnung zu legen. Vermögenslose werden in summarischer Weise lediglich auf Grund einer Order des Grafschaftsrichters oder Friedensrichters, die zum Erlaß zwei Ärzte zuzuziehen haben, den öffentlichen Irrenanstalten überwiesen. Unter einer dem Chancellor nachgeordneten Zentralbehörde, den Commissioners of Lunacy, findet durch die Visitors of Lunacy eine musterhaft durchgeführte ständige Kontrolle aller Geisteskranken statt. 1913 ist die Unterbringung von idiots, imbeciles, feeble-minded persons und moral imbeciles in Anstalten eingehend geregelt worden. (Vgl. auch Mental Deficiency and Lunacy Scotland Act 1913.) Für Verschwender kann ein committee of the estate, dagegen nicht ein committee of the person ernannt werden.

Pollock and Maitland I 299 ff., II 441 ff.; Blackstone I ch. 17; Stephen III ch. 6, IV 1 ch. 6 n. 9, IV, 3 ch. 5; Renton, s. v. infants, idiot, lunacy etc.; Eversley, l. c., 1906 [3]; Ford, l. c., 1888; Renton, Law and Practice in Lunacy, 1896; Heywood and Massey, Lunacy Practice, 1911 [4].

§ 10. Die Ausbreitung des englischen Privatrechts.

I. Innerhalb des großbritannischen Reichs. Der im vorstehenden skizzierte Privatrechtszustand besteht rein nur für das eigentliche Altengland, und auch hier galten lange für die sog. Pfalzgrafschaften (Durham, Lancaster, Chester), für Wales und für die Stadt Berwick am Tweed Besonderheiten (vgl. Gundermann § 14; H. Lewis, The ancient laws of Wales; Bowen, The statutes of Wales 1908), die aber heute zu einigen partikularen Gewohnheiten zusammengeschrumpft sind. Das Recht Irlands (Ancient Laws of Irland, 5 Bde. 1865—1901) steht demjenigen Altenglands sehr nahe; obwohl die alte irische Brehon Law gegenüber dem schon von Heinrich II. und besonders von Johann (1210) gesetzlich *[845]* eingeführten englischen Recht immer wieder hervordrang, und auch die späteren englischen Einzelgesetze vielfach nicht auf Irland angewendet wurden, trat eine enge Verbindung in der Rechtsentwicklung beider Länder ein, seit durch die sog. Poynings Laws (10 Henr. VII Ir. c. 22, 1495) alle damals geltenden Statuten auf Irland ausgedehnt wurden; seither lief die Gesetzgebung meist parallel; durch die sog. Yelverston's Act von 1782 (21/22 Geo. III Ir. c. 48) wurden dann abermals zahlreiche englische Gesetze auf Irland für anwendbar erklärt, und seit der Union von 1800 (39/40 Geo. III c. 67) binden die von dem seither gemeinschaftlichen Parlament erlassenen Statuten Irland nur dann nicht, wenn dies im Statut ausdrücklich bestimmt wird; die Einheitlichkeit der Judikatur (vgl. Duhigg, History of the kings

Inn Dublin 1806) beider Länder wird trotz ihrer sonst getrennten Gerichtsorganisation gefördert durch die gemeinsame höchste Instanz des House of Lords. (Ayres, Comparative View of the English and Irish Statute and Common Law in the order of Blackstone's Commentaries, 1780; Irish Statutes, revised edition (bis 1880) ed. Cullinon, 1885; Irish Reports und Irish Law Reports.) Schottland hat dagegen ein vom englischen stark abweichendes Privatrecht; obwohl auch hier seit dem 12. Jahrhundert das anglonormannische Recht eindrang, so daß das schottische Rechtsbuch Regiam Maiestatem (ed. Houard, Coutumes Anglo-Normandes II, 36 ff.) mit Glanvilla eng verwandt ist, hat der enge Zusammenhang des Landes mit Frankreich und vor allem der hier andauernd starke Einfluß der Kanonisten zu einer tiefgehenden Romanisierung der Scotch Law geführt; bei der Union 1706 (5 Anna c. 8, Rev. Stat. 6 Anna c. 11) wurde das schottische Recht, das übrigens durch das englische nicht unbeeinflußt geblieben war, aufrechterhalten; doch haben seither die Statuten des jetzt gemeinsamen Parlaments auch für Schottland mangels abweichender Bestimmung ohne weiteres Geltung (Bell, Principles of the Law of Scotland, 1885[8]; Erskine, Principles of the L. of Sc., 1911[21] ed Rankine; Greens Encyklopaedia of the Laws of Scotland, ed. Chisholm, 14 Bde. 1909[2] ff.; zweite Auflage noch unvollständig; Brodie-Innes, Comparative Principles of the Law of England and Scotland, Courts and Procedure 1903); Zeitschrift: Juridical Review, 1889 ff.; Scottish Law Reporter, 1855 ff.). Die Insel Man und die meisten nördlich von Schottland gelagerten Inseln haben infolge langer Unterwerfung unter Norwegen ein besonderes, dem alten norwegischen und angelsächsischen nahestehendes Recht, während die Kanalinseln (Jersey, Guernsey, Sark, Alderney), die beim Übergange der Normandie an Frankreich bei England verblieben, das altnormannische Recht (Brunner, Schwurg. 127 ff.) des Grand Coutumier de Normandie wenig verändert bewahrt haben; für alle diese Inseln gelten die Parlamentsstatuten nur im Falle ausdrücklicher Bestimmung (Stephen, Introd. s. 4, Gundermann §§ 14 ff.). Das Privatrecht der englischen Kolonien beruht zum größten Teil auf dem englischen Recht, doch findet in aller Regel ohne weiteres nur die common law Anwendung, die Statuten dagegen nur insoweit, als sie zur Zeit des Erwerbs der Kolonie schon erlassen waren oder nachträglich durch das Parlament oder die Legislative der Kolonie besonders eingeführt worden sind. Die gesetzgebende Gewalt der Kolonien ist in verschiedener Weise geordnet: entweder gibt der Gouverneur allein die Gesetze (in einigen Kolonien in Konkurrenz mit dem Privy Council) oder gemeinschaftlich mit einem von der Krone ernannten gesetzgebenden Körper (hier stets in Konkurrenz mit dem Privy Council), oder aber gemeinschaftlich mit einem zum Teil gewählten Gesetzgebungskörper (nur in einigen Fällen in Konkurrenz mit dem Privy Council), oder endlich gemeinschaftlich mit einem lediglich gewählten Kolonialparlament und einer diesem verantwortlichen Regierung; die Kolonialgesetze können stets von der Reichsregierung (Kolonialsekretär), der sie vorzulegen sind, kassiert werden. Die Kolonialgesetze dürfen den englischen Gesetzen widersprechen, doch derogiert jedes für die Kolonie besonders erlassene Gesetz des Reichsparlaments den Rechtssätzen der Kolonie (Colonial Laws Validity Act 1865, 28, 29 Vict. 63). Die Kolonien haben ihre besonderen Gerichtshöfe mit Appellation an das Privy Council; in einer Reihe von Gebieten (Cypern, auf den Inseln des Stillen Ozeans, den chinesischen Besitzungen, Ostafrika) wird die Jurisdiktion nach Art der Konsulargerichtsbarkeit gemäß der Foreign Jurisdiction Act von 1890 (53/54 Vict. 37) geübt. Unter den wichtigeren Kolonien haben einen hiernach auf dem englischen Recht, insbesondere der common law, beruhenden Privatrechtszustand: in Europa Gibraltar, während in Malta neben lokalen Gewohnheiten römisch-französisches Recht (Code Rohan aus der Ordenszeit) gilt; in Asien vor allem das indische Kaiserreich, wo englisches Recht gilt, zum Teil *[846]* in sog. Codes zusammengefaßt — Ajmer-, Lower-Provinces-, Bombay-, British-Burma-, Coorg-, Madras-, North-Western-Provinces-, Oudh-, Panjab-, Central-Provinces-Code, sämtlich Calcutta, 1877 bis 1882 —, für die Eingeborenen aber im Ehe-, Erb-, Kastenrecht und in Ansehung aller religiösen Gewohnheiten die Hindu Law bzw. Mohamedan Law aufrechterhalten ist (vgl. Kohler, Z. f. vgl. R.W. VIII 89 ff., IX 321 ff., X 64 ff.), ferner Nordborneo, Labuan, die Straits Settlements, wo englisches, englisch-indisches und lokales Recht in verschiedener Mischung angewendet werden, weiterhin Britisch-Ostafrika, wo der indische Rechtszustand mit Modifikationen ein-

geführt ist (Brode, Bl. f. vgl. R.W. II S. 353 ff.) und Hongkong, wo das Recht auf der common law beruht, während in Ceylon römisch-holländisches Recht und in Mauritius ein auf dem französischen Code beruhendes Recht zur Anwendung kommt; von den zentralamerikanischen Besitzungen die Bahamas, Barbados, Britisch-Honduras, Leewards-Islands, Jamaika, während Trinidad das spanische Recht bewahrt und die Windward-Islands zum Teil nach französischem Recht leben (civil code von St. Lucia von 1879); von den nordamerikanischen Besitzungen Neufundland und der größere Teil von Kanada, während Niederkanada einen civil code von 1867 nach dem Muster des französischen besitzt, wie auch in Südamerika Britisch-Guyana das römisch-holländische Recht bewahrt hat; in Afrika die Goldküste, Lagos, Sierra Leone mit Gambia, während in Südafrika (Kapkolonie, Natal, den bisherigen südafrikanischen Republiken) römisch-holländisches Recht gilt; endlich die australischen Länder (Neusüdwales, Viktoria, West- und Südaustralien, Queensland, Neuseeland; vgl. noch The Commonwealth of Australia Constitution Act 1900, 63/64 Vict. c. 12, dazu 7 Edw. VII c. 7, 1907). In den nicht nach englischem Recht lebenden Kolonien werden vielfach doch in der Judikatur die englischen Reports herangezogen, zumal in handelsrechtlichen Fragen (so z. B. in der Kapkolonie, während man z. B. in Mauritius die französische Judikatur benutzt). Eine Zusammenstellung der Kolonialreports bei Renton, Encyclop. s. v. Law Report; ferner Tarring, Chapters on the Law relating to the Colonies, 1893; Hamburger bei Leske-Löwenfeld, Rechtsverfolgung I S. 341 ff.; A. Wood Renton and Phillimore, Colonial Laws and Courts 1907; The Legislation of the Empire 1898—1907, under the direction of the society of comparative legislation ed. by Bedwell, 1909; Piggott, Imperial Statutes applicable to Colonies. 2 Bde., 1902 und 1904; W. Burge, Colonial Law, Commentaries on Colonial and Foreign Law, new edition (Renton and Phillimore sowie zahlreiche Mitarbeiter) seit 1909. Wilson, Digest of Anglo-Mohamedan-Law 1908. Huberich in Hdg. d. Erdb. XI, 1—3. Journal of the Society of comparative legislation N. S. 1903 f.

II. Die Vereinigten Staaten von Nordamerika. Das Privatrecht der Vereinigten Staaten beruht auf der englischen common law, ist aber durch Statuten und die Gerichtspraxis in eigenartiger Weise fortgebildet worden. Der Rechtszustand ist kein einheitlicher; vielmehr ist zwischen Bundesrecht und Staatenrecht zu unterscheiden.

Der Kongreß ist gemäß Art. I 8 der Verfassung zuständig nur für die Gesetzgebung über Steuern, Anleihen, Handelsverkehr mit dem Auslande, Indigenat, Bankrott, Münz-, Maß-, Gewichtswesen, Post, geistiges Eigentum, Heer und Marine, Bundesfiskaleigentum. Die Bundesstatuten sind enthalten in den fortlaufenden Statutes at large of the United States of America (Boston, Little, Brown and Comp., 1845, I, seit 1874 Washington, Government Printing Office) und für den praktischen Gebrauch in den ebenfalls amtlichen Revised Statutes of the United States, sec. ed., Washington 1878 (Gesetze in Kraft 1873), dazu Supplements to the Revised Statutes vol. I (Gesetze 1874—1891), vol. II n. 1—9 (Gesetze bis 1. März 1901. (Vgl. auch Compiled Statutes 3. vol. 1901, suppl. 1909.) Für das Privatrecht ist von der Bundesgesetzgebung besonders wichtig das Konkursgesetz vom 1. Juli 1898, ergänzt durch die Gesetze von 1903, 1906, 1910, ergänzt ferner durch die General Orders in Bankruptcy des Supreme Court vom 28. November 1898 (Kohler, Z. f. H.R. 52 S. 431 ff.), sowie das Gesetz über patents, trade marks und copyright vom 8. Juli 1870, dazu Novellen 1874, 1893, 1897, 1899, 1903 (Kohler, Hdb. des Patentr. S. 40 f. und jetzt besonders Kohler und Mintz, Patentgesetze aller Völker 1912, Bd. II S. 1 ff.). Die Bundesgerichtsbarkeit wird geübt durch besondere Bundesgerichte, nämlich den Supreme Court of the United States in Washington (Chief Justice und 8 Associate Justices), neben dem für Fiskalsachen der Court of Claims steht, ferner durch Circuit Courts of Appeal und Circuit Courts (sämtliche Staaten sind auf 9 Circuits verteilt; in den Circuits-Gerichtshöfen sitzt der Chief Justice bzw. ein Associate Justice des obersten Gerichts nebst einem für den Circuit bestellten Circuit Justice, bzw. in der Appellinstanz neben zwei Circuit Justices und den Distriktsrichtern des Circuit), sowie durch (ca. 70) District Courts (mindestens einer für jeden Staat, besetzt mit einem District Justice); in den sog. Territorien fungieren als Bundesgerichte Friedensrichter für Bagatellsachen, District Courts und ein Supreme Court für das Territorium (während in dem lediglich unter der Bundesgewalt befindlichen Distrikt Columbia mit Washington Distrikts-

gerichte fehlen); die Berufung geht von den Distriktsgerichten *[847]* an den Circuit Court of Appeal, von den Circuits Courts an den Supreme Court; die Zuständigkeit aller dieser Bundesgerichte ist eine ausschließliche und erstreckt sich zum Teil über den Bereich der Bundesgesetzgebung hinaus; insbesondere entscheiden sie in Prozessen gegen die Vereinigten Staaten, über gewisse Klagen der Ausländer, in Prozessen zwischen Angehörigen verschiedener Staaten usw. (vgl. W. Bocke, Handbuch der Rechtspflege in den Ver. St., Köln 1891), und sie wenden dementsprechend neben dem Bundesrecht auch Staatenrecht an (Sammlungen der Entscheidungen des Supreme Court von Dallas, Cranch [1801—1815], Wheaton [von 1817 an]; ferner von Howard, Otto, Peters, Wallace; Reports der Circuits- und Distriktsgerichte bei Kempin, Rechtsquellen S. 77; ferner Myer, Federal Decisions, 20 vol., St. Louis 1884—1894).

Die Einzelstaaten und Territorien haben die gesetzgebende Gewalt, soweit sie nicht dem Kongreß zusteht und von diesem ausgeübt wird (Holst bei Marquardsen IV 3, 1885, S. 146 ff.; A. Rentner, Verf. der Ver. St., 1901, S. 50 f.). Sie haben sämtlich — teils, wie in Neuyork, Massachusetts, Neu-Jersey und Maryland, in ihren Verfassungen, teils durch Gesetz, teils durch Gewohnheit — die englische common law samt den Statuten als Grundlage ihres Privatrechts angenommen (dazu Kent-Holmes, Com. I 3 l. 21 S. 473), und zwar vielfach so, wie sie als englisches Kolonialrecht zur Zeit des Erwerbs der Unabhängigkeit galt (z. B. Neuyork vom 19. April 1775 an, Mississippi und Georgia von 1776 an), oder aber so, wie sie zu einem bestimmten anderen Zeitpunkt sich verhielt (z. B. ist maßgebend das vierte Jahr Jakobs I., 1606, in Virginia, Arkansas, Illinois, Indiana, Missouri); ergänzt ist der Rechtszustand durch vielfache, oft von einem Staate dem anderen nachgeahmte, der common law angepaßte Statuten. Nur in Louisiana, Texas, Neumexiko und Arizona ist der englische Charakter des Privatrechts trotz grundsätzlicher Annahme der Common law nicht gewahrt geblieben; in der früheren französischen Kolonie Louisiana ist das französische Recht bald wieder vorgedrungen und hat das englische größtenteils verdrängt; in den anderen drei — früher mexikanischen — Gebieten herrscht eine Mischung von spanischem und englischem Recht. — Die Statuten der einzelnen Staaten sind im Laufe des 19. Jahrhunderts vielfach zusammengefaßt worden als Revised Statutes (so Neuyork), General Statutes (z. B. Minnesota 1866 und als nachträglich mit Gesetzeskraft versehene Privatarbeit 1878), auch Revised Code (z. B. Maryland, Delaware, Virginia, North Carolina, Tennessee), ohne daß es sich um eine Kodifikation handelt; einige wenige Staaten sind zu Kodifikationen des Zivilrechts gekommen, nämlich Louisiana (Civil Code of Louisiana von 1824, revidiert 1870, auf dem französischen code civil beruhend), ferner Kalifornien (Civil Code vom 21. März 1872, ergänzt 1895) und die beiden Dakota (civil code von 1887, dem kalifornischen nachgebildet), während die Vorlage des kalifornischen Code, der civil code of the state of New York (Albany 1865), Entwurf geblieben ist; außerdem aber haben sehr viele Staaten ihr Prozeßrecht kodifiziert und damit zugleich große Teile des mit den Prozeßnormen eng verbundenen Privatrechts, so daß man die codes of civil procedure vielfach auch als civil codes bezeichnet (eine Zusammenstellung aller dieser legislatorischen Arbeiten gibt Kempin, Die Rechtsquellen der Gliedstaaten und Territorien der Ver. St., 1899; Frederic J. Stimson, American Statute Law, Boston 1888 ff. (1892), ordnet das gesamte Statutarrecht der Einzelstaaten systematisch für den praktischen Gebrauch). Die Bemühungen der Statutargesetzgebung sind vielfach erfolglos geblieben, weil die Judikatur der Bundes- wie der Staatengerichte die Gesetze immer wieder im Sinne der common law auslegt und so vielfach über sie fortschreitet (vgl. Salomonsohn, Der gesetzliche Schutz der Baugläubiger, 1900, S. 5 ff., bes. S. 12 [1]). Neuerdings bemüht man sich stark, einheitliche Gesetzgebung in den verschiedenen Einzelstaaten herbeizuführen. Es ist das besonders gelungen für das Gesetz betr. negotiable instruments, das zwischen 1897 und 1909 in fast allen Staaten gleichförmig angenommen ist (für Neuyork 1897, ergänzt 1898), in einer größeren Zahl von Staaten gilt auch das gleiche Gesetz über die Warrants usw. — Was die Gerichtsorganisation der Staaten und Territorien anlangt, so ist diese von der des Bundes durchaus unabhängig: als unterste Instanz für Bagatellsachen urteilen die Friedensrichter der einzelnen townships, precincts oder parishes; als höhere Gerichte (Courts of records) bestehen mehrfach County Courts (für Vormundschafts-, Nachlaß-, Insolvenzsachen und für Streitgegenstände geringeren

Wertes), sodann stets die eigentlich ordentlichen, in erster Instanz unbeschränkt [848] zuständigen, als Circuit Courts, Superior Courts, Courts of common pleas usw. bezeichneten Gerichte (zugleich Berufungsgerichte für die unteren Gerichtsklassen) und endlich als höchstes (Berufungs-) Gericht des Einzelstaats der Supreme Court (auch Court of Appeal usw. genannt), dessen Entscheidung die unteren Gerichte als Präjudiz bindet, wie anderseits alle Staatengerichte an die Entscheidungen des obersten Bundesgerichts gebunden sind, soweit die Auslegung des Bundesrechts (Verfassung, Gesetze, Verträge) in Betracht kommt. Die Entscheidungen der Staatengerichte werden vielfach durch amtlich bestellte Reporters gesammelt (die Sammlungen sind aufgezählt bei Kempin l. c.). Die amerikanischen Gerichte zitieren die englischen Präjudizien „arguendo", während die neuere englische Praxis (Court of Appeal, 1889) die entsprechende Heranziehung der amerikanischen Praxis trotz Anerkennung ihres wissenschaftlichen Wertes ablehnt.

Die Amerikaner verwenden die englische Literatur, haben sich aber selbst ebenfalls eine wertvolle Literatur geschaffen; das leitende Handbuch sind die an Blackstone angelehnten Commentaries on American Law von James Kent († 1847), später herausgegeben von O. W. Holmes 1896[14] und J. M. Gould; Holmes, Common Law, vgl. oben Einleitung; zur Einführung geeignet T. Walker, Introduction to American Law, 1895[10]; über Story, Commentaries on equity (13. Aufl. von M. Bigelow 1886) s. o. hinter § 2; Langdell, Cases on Contract 1879—94; Wharton, Commentary on the Law of Contracts 1882; Bouvier (Rawle) Law Dictionary 1897[16]; American and English Encyclopaedie of Law 32 Bde. 2. Ausg. 1896—1905, suppl. 1906—1909; Encyclopaedia of Forms and Precedents 18 Bde. 1896—1904; Schnitzler, Wegweiser für den Rechtsverkehr zwischen Deutschland und den Vereinigten Staaten, 1903; R. Leonhard, Arch. f. R. u. Wirtsch. Philosophie VII S. 41 ff.; Huberich, Handelsgesetze des Erdballes (Borchardt-Kohler) I, 1 (Vereinigte Staaten von Amerika); Rehme in Ehrenbergs Hdb. I S. 321 f.; eine veraltete deutsche Darstellung ist Trebing, Das gem. Recht der Ver. Staaten, New York 1866. Zeitschriften: Harward Law Review, (seit 1887, 28 Bde.); American Law Rewiew (1913 Bd. 47), Michigan Law Review (7 Bde.), Columbia Law Review (8 Bde.) etc. Literaturangaben im Katalog des Reichsgerichts I S. 746 ff., II S. 834 ff., des Reichsjustizamts S. 1023 ff. und der Hamburger Kommerzbibliothek passim; Catalogue of the Library of the Law Schools, Harvard-University 1909; Internationales und ausländisches Recht, Gesamtkatalog 1914 S. 1387 ff. Zur Orientierung in den Zeitschriften: A. Jones, Index to legal periodical litterature, Boston 1888. Über die amerikanischen Law schools Wäntig in Schmollers Jahrbuch, 1902; v. Lewinski, Bl. f. vgl. R.W. 9 S. 97 ff.

b.

Grundzüge des romanischen Rechts.

Von

Dr. Carl Crome,
Professor der Rechte an der Universität Bonn.

Inhaltsübersicht.

Einleitung.

§ 1. Wie in den Ländern der lateinischen Münzkonvention der Frank die Einheit der Währung repräsentiert, so herrscht unter den Völkern der romanischen Rasse eine Rechtseinheit, die sich aufbaut auf den Code Napoléon. In diesem verkörpert sich bis auf den heutigen Tag die zivilistische Weisheit der romanischen Nationen, wenn das Gesetz auch nur den Stamm bildet, an welchen sich in den verschiedenen Territorien eine zum Teil abweichende Rechtsentwicklung angesetzt hat. Letztere hat im Detail gebessert, die Grundgedanken aber unverändert gelassen. Diese selbst sind überlieferte Rechtsgedanken einesteils des französischen ancien régime: der Zeit des Königtums, da Frankreich in zwei große Rechtsgebiete zerfiel, die südlichen des droit écrit (wo die romanische Rasse das römische Recht in unmittelbarer praktischer Geltung erhielt) und die germanischen, mehr nördlichen, in denen das Volk (nach Vergessen der alten Volksrechte und Kapitularien) lange Zeit nur nach Gewohnheitsrecht lebte; bis schließlich diese teils lokalen, teils provinzialen coutumes in jahrhundertelanger Arbeit von Staats wegen aufgezeichnet und so der Nachwelt erhalten wurden. War das Recht dieser Länder (das droit coutumier) zwar nunmehr auch ein geschriebenes, so stand es doch dem römischen in ähnlicher Weise entgegengesetzt gegenüber, wie die deutschen Stadt- und Landrechte dem römischen Recht. Dieses ringt mit ihnen um die Herrschaft, und der Erfolg ist hier ein ungleicher. Je mehr nach Norden, um so geringer ist die Einwirkung des römischen Rechts; je mehr nach Süden, um so größer wird sie; bis schließlich die reine römische Rechtszone (wenn auch nicht auf der unverfälschten Basis des corpus iuris, sondern vielfach der leges **Romanae barbarorum**) beginnt.

Gegenüber diesem uralten Rechtszustande, der der Wissenschaft hauptsächlich die Aufgabe der Überbrückung der vorhandenen Gegensätze (durch eine Art praktischer Rechtsschule) zuwies, vertrat das reformatorische Element nur zögernd die staatliche Gesetzgebung in Gestalt der sog. königlichen Ordonnanzen (Louis XV: sur les donations 1731, sur les testaments 1735, sur les substitutions 1747 etc.) und mehr noch die Naturrechtsschule. Die Quintessenz der Jurisprudenz des ancien régime ziehen Domat in seinem Werk: Lois civiles dans leur ordre naturel und Pothier in seinen zahlreichen traités über einzelne Materien des Zivilrechts und in seiner Bearbeitung der coutume d'Orléans, die für den Code Napoléon von maßgebendem Einfluß waren.

Von größter Bedeutung endlich wurden für dieses Gesetz die Errungenschaften der großen französischen Revolution, die (in der Gewährleistung der persönlichen Freiheit, der Gleichheit vor dem Gesetz, Unverletzlichkeit des Eigentums, Unabhängigkeit des bürgerlichen Rechts von dem religiösen Bekenntnisse, sowie in der Verwerfung aller feudalen Institutionen: Lehen, Fideikommisse, Erbrenten, Erbpacht) im wesentlichen schon die Grundsätze brachte, deren wir in Deutschland allgemein erst seit dem Jahre 1848 teilhaftig geworden sind.

Der Code Napoléon zog nur das Fazit dieser Entwicklung, unter Einhaltung jener glücklichen Mittellinie, welche die Bürgschaft dauernden Erfolges in sich trägt. So hat dieses Gesetz sich, wie sein Autor, die halbe Welt erobert: es ist die modernste aller Gesetzgebungen seiner Zeit. Selbst wo seine Herrschaft (wie nach der französischen Invasion in Deutschland) wieder aufgehoben wurde, waren die Keime, die es hinterließ, tausendfältige. Daraus erklärt es sich, daß insbesondere auch die romanischen Völker für die eigene Gesetzgebung sich meist das französische Vorbild zum Muster nahmen, das schon als Kompromiß der verschiedenen Nationalitäten auf lateinischem Boden zustande gekommen war, als solches ihren

Bedürfnissen vorzugsweise entsprach und überdies gewissermaßen als Palladium der Freiheit auf dem Gebiete der Zivilrechtsorganisation erschien. Italien nahm in seinem Zivilgesetzbuch von 1865 die Grundsätze des Code Napoléon in Anpassung an die dortigen Verhältnisse an. Ähnliches tat Spanien in seiner Kodifikation vom Jahre 1889 [1], ähnliches schon früher Holland und Rumänien, während in Belgien und Luxemburg der Code Napoléon in der Urform, wenn auch nicht ohne Abweichungen, gilt. Letztere beziehen sich in allen diesen Staaten vorwiegend auf das Immobiliarsachenrecht, in dem meistens das sog. Transkriptionssystem eingeführt ist; sie liegen in der Bevorzugung eines bestimmten Güterrechtssystems für Ehegatten, namentlich des Dotalrechts in den südlichen Ländern, endlich liegen sie in den durch den Zeitenwechsel allenthalben bedingten Fortschritten. Auch in Frankreich ist im Lauf von mehr als hundert Jahren das Zivilrecht vielfach umgestaltet und modernisiert worden, nicht nur durch zahlreiche Einzelgesetze (von denen hier nur die wichtigsten angegeben werden können), sondern insbesondere durch die schöpferische Kraft der Rechtsprechung, welche in einer bei uns ungekannten Weise das Veraltete zu beseitigen und neuen Ideen Eingang zu verschaffen weiß. Diese Praxis, insbesondere des Pariser Kassationshofes, wird auch in den anderen Ländern des romanischen Rechts neben der einheimischen fortlaufend beachtet. So liegt in dem französischen Recht der Schlüssel zum Verständnis einer Reihe anderer Auslandsrechte. Ähnlich wie früher bei uns für die Gesetze der verschiedenen Einzelstaaten *in der Wissenschaft des deutschen Privatrechts der gemeinsame Boden* gegeben war — ein Recht, das nirgends positiv, aber (mit zugehörigen lokalen Abweichungen) tatsächlich überall in Deutschland galt resp. zugrunde lag —, bildet *der Code Napoléon* und die sich daran anschließende Wissenschaft *die gemeinsame Grundlage* für die Rechte der romanischen Völker. Tatsächlich enthält er die kompakte Masse des ihnen gemeinschaftlichen Rechtsstoffes und beherrscht nach Art eines neuen corpus iuris ihre ganze Denkweise in Rechtssachen. In ihm liegt daher auch der Schwerpunkt unserer Darstellung. Die neuesten offiziellen Gesetzestexte der einzelnen Länder, welche fast alljährlich erscheinen, vermitteln im Bedürfnisfall die Kenntnis des jeweiligen neuesten Rechtszustandes. Bei Kenntnis der Grundprinzipien macht deren Verständnis keine Schwierigkeit. Dabei folgt unsere Darstellung im Interesse der Einfachheit *der bei uns geläufigen Form*, schließt sich also im wesentlichen an das System unseres Reichsrechts an. Inhaltlich kann sie an dieser Stelle nicht mehr sein als eine kurze Übersicht. Wer mehr will, findet es in deutscher Sprache einzig in *meinem* Handbuch des französischen Zivilrechts (auf der Grundlage von *Zachariae*), 8. Aufl. 1894—95, 4 Bde., zuzüglich *meiner* dort Bd. 1 S. 79 ff. zitierten beiden Ergänzungsschriften über die von den Romanen nicht so ausgebildeten allgemeinen Lehren des Rechtssystems (1892, 94). Für Italien ist in den Jahren 1906—09 eine umfassende Übersetzung aller dieser Arbeiten erschienen [2], welche zugleich die Parallelstellen und Abweichungen des italienischen Rechts und dessen Rechtsprechung bis auf die neueste Zeit enthält, so daß darauf an dieser Stelle einfach verwiesen werden kann. Doch gibt es über italienisches und spanisches Recht auch einige französische Schriften. S. u. § 2.

§ 2. Bei der ausländischen *Literatur* berührt uns vor allem fremdartig, daß sie sich fast ausschließlich an die *Legalordnung* anschließt, also im Grunde über die Kommentarform nicht hinauskommt. Dies stört um so mehr, als das System des Gesetzes allenthalben ein ziemlich unvollkommenes ist. Nach einer kurzen Einleitung wird regelmäßig das Recht der *Personen* (einschließlich des Familienrechts), der *Sachen* (mit Eigentum und Servituten) und schließlich der *Erwerbsarten des Eigentums*, also gewissermaßen das

[1] Doch läßt Art. 12 des Código civil español die *Orts-* und *Statutarrechte* (fueros), geschriebene und ungeschriebene, bestehen. Das Gesetz hat also nur subsidiäre Geltung. Wer den spanischen Partikularismus aus eigener Anschauung kennt, wird es begreiflich finden, daß hier zurzeit nicht mehr zu erreichen war. An anderen Stellen hat die Rücksichtnahme auf den *Klerus* das Zustandekommen eines modernen weltlichen Gesetzbuchs beeinträchtigt, so namentlich im Eherecht.

[2] Manuale del Diritto Civile Francese di Zach. v. L., rimaneggiato da C. *Crome*. Traduzione con note del Prof. L. Barassi (4 Bde. 1907—1909). Dazu C. *Crome*, Parte generale del diritto privato franc., Trad. di Ascoli & Cammeo (1906) und C. *Crome*, Teorie fondamentali delle obbligazioni (1908) von denselben.

[3] Dagegen sind die zwischenzeitlichen Neuerungen des französischen Rechts von den Übersetzern nicht aufgenommen.

Verkehrsrecht (mit ehelichem Güterrecht, Pfandrecht, Verjährung) rein äußerlich aneinandergereiht. Dazu sind diese Kommentare äußerst weitschweifig und registrieren regelmäßig die gesamte Judikatur. Ähnlich die Enzyklopädien und anderen Sammelwerke.

Als neueste Erscheinungen sind hier zu erwähnen:

I. Demolombe, Cours de Code Napoléon (seit 1845), 31 Bde. bis zum contrat de mariage. Fortgesetzt von Guillouard (die auf die einzelnen Titel des Gesetzbuchs bezüglichen Abhandlungen werden auch einzeln zitiert). — Demante & Colmet de Santerre, Cours analytique de Code civil, 9 Bde. (2. Aufl. 1881—1895, 3. Aufl. seit 1895). — Aubry-Rau, Cours de droit civil français (aus einer Übersetzung von Zachariae entstanden), 4. Aufl. in 8 Bdn. (1878), 5. Aufl. in 10 Bdn. (seit 1897). — Baudry-Lacantinerie, Traité théorique et pratique de droit civil (ebenfalls in einzelne Abhandlungen zerfallend, unter Zuziehung von Mitarbeitern), 2. Aufl. seit 1902. Précis de droit civil, 3 Bde. — Huc, Commentaire théorique et prat. du C. c. 15 Bde. 1892—1903. — De la Bigne de Villeneuve, Eléments de droit civil, 3 Bde., 2. Aufl. seit 1902. — Planiol, Traité élémentaire de droit civil, 3 Bde. 6. Aufl. 1911. — Mit besonderer Rücksicht auf Belgien: Laurent, Principes de droit civil, 33 Bde. (1869—1878. Abgekürzt in 4 Bdn. als cours élémentaire, 1878). Dazu Supplément aux principes de droit civil de F. Laurent par R. Janssens etc. in 8 Bdn. (1898—1903). — Handkommentare von Dalloz, C. civ. annoté, 1873 ff. Supplém. 1890. Nouveau c. c. ann. in 4 Bdn. seit 1900. — Fuzier-Herman desgl. 4 Bde. 1885—1898. Supplém. seit 1900. — Sirey desgl. 4. Aufl., 3 Bde. 1901. Für Belgien Beltjens c. c. belge annoté, 1881.

Vgl. auch Viollet, Histoire du droit civil français, 2. Aufl. 1893. — Geny, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 1899.

Alphabetische Repertorien (eine in Frankreich sehr beliebte Literaturform): Dalloz, Répert. méthodique etc. de législation, de doctrine et de jurisprudence, 1844—1869, 44 Bde. Supplément 1887—1897, 19 Bde. — Pandectes françaises (Rivière etc.). Seit 1886, noch nicht vollendet. — Ähnlich Répertoire général (A. Carpentier & Frère Jouan Du Saint). Seit 1887.

Zeitschriften: Sirey etc., Recueil général des lois et arrêts. Jährlich 1 Band. Seit 1791 (neue Ausgabe für 1791—1900 soll in 20 Bdn. erscheinen). — Dalloz, Recueil périodique. Seit 1845. — Pandectes françaises. Seit 1886, und seit 1908 mit Sirey verbunden (zugleich in Verbindung mit den oben zitierten Repertorien, gewissermaßen als deren Fortsetzung). Den Hauptinhalt bilden Entscheidungen des Kassationshofs u. a. Gerichte usw. mit Besprechungen, Gesetze, Literatur. — Ähnlich für Belgien die sog. Pasicrisie Belge. — Etwas anders Revue trimestrielle de droit civil (seit 1902).

II. Das italienische Recht ist vorzugsweise monographisch bearbeitet. Gesamtdarstellungen von Ricci, Corso di diritto civile (4. Aufl.), 10 Bde. — Lomonaco, Istituzioni di dir. civ., 7 Bde. (1904 ff.). — Pacifici-Mazzoni, Istituzioni di dir. civ. ital. 4. Aufl. v. Venzi (1903 ff.). — Chironi, Istituz. di diritto civile. 2 Bde. (1889). — Gianturco, desgl. (1901). — Brugi, desgl. (1905). — Unvollständig: Pacifici-Mazzoni, Codice civ. ital. commentato in zahlreichen selbständigen Abhandlungen (2. Aufl.). — Bianchi, Corso del Cod. civ. it. (2. Aufl. 1888); Chironi e Abello, Trattato di dir. civ. it. (1904 ff.); Coviello, Manuale, desgl. (1910 ff.); Fiore, Diritto civ. ital., unter Mitwirkung zahlreicher Autoren (in über 30 Bdn.). — Enciclopedia giurid. italiana (seit 1884). — Digesto italiano. Enciclop. metod. et alfabetica di legislaz. dottr. e giurisprud. (seit 1884). — Filomusi-Guelfi, Enciclopedia giuridica. — Del Giudice, desgl. — Nani, Storia del diritto privato italiano (1902). — Eine ausgezeichnete Zeitschrift ist das Archivio Giuridico unter der Direktion von Serafini. Ebenso die Rivista italiana per le scienze giuridiche v. Schupfer u. Fusinato. Ferner Rivista di diritto civile von Ascoli, Bonfante, Longs und Porro; Rivista critica di diritto e giurisprudenza 1903 f.

III. Das spanische Zivilgesetzbuch v. 24. Juli 1889 ist ins Französische übersetzt und kommentiert von Lévé (Paris 1890). — Im übrigen vgl. Lehr, Droit civil espagnol, 2 Bde. (1880—1890), in Bd. II S. 6 f. auch die hauptsächlichsten noch in Geltung befindlichen Ortsrechte. — Q. M. Scaevola, Legislación española, Código civil comentado. Sentencias y respuestas. — De Paso y Delgado, Derecho civil espagnol conforme al Código de 1889 (1890). — Medina et Maranon, Lois civiles d'Espagne (3. Aufl. 1891). — Burón Garcia, Derecho civil espagnol (seit 1898). — Cal. Valverde, Tratado de derecho civil español (Vallad. 1910). — Manresa y Navarro, Comentarios al Código civil esp. — El Codigo civil interpretado por el Tribunal supremo (seit 1900). — Jurisprudencia civil. Col. completa de las sent. dictadas por el Tribunal supremo (sehr alte Zeitschrift). — Jurisprudencia referente al Código civil. — Oliver Rodriguez u. a., Enciclopedia jurídica (Barcelona). — Barrio y Morayta, Espiritu de la jurisprudencia española (Madr.). — Mouton Ocampo, Diccionario del derecho civil (seit 1905).

Geschichte: D. José Maria Antequera, Historia de la legislación española desde los tiempos mas remotos hasta nuestros dias (2. Aufl. 1884) u. La codificación moderna en España (1887). S. auch v. Brauchitsch, Geschichte des spanischen Rechts (1852).

I. Allgemeiner Teil.

1. Herrschaft der Rechtsvorschriften.

§ 3. Was die romanischen Gesetzbücher in denjenigen Materien bringen, die wir heutzutage im allgemeinen Teil des bürgerlichen Rechts zusammenzufassen pflegen, ist äußerst dürftig. Der „einleitende Titel" des Code Napoléon und seiner Hauptnachfolger enthält im wesentlichen nur einige Sätze über objektives Recht, also die Vorschriften, auf welchen die einzelnen Rechtsbefugnisse beruhen. Da diese Vorschriften sich nicht nur auf das Zivilrecht, sondern auf die gesamte Rechtsordnung beziehen, erscheinen sie in dieser, vom übrigen Gesetzestexte abgesonderten Form. Seitdem das neue Recht in den betreffenden Ländern in Kraft getreten ist, herrscht in denselben jene Geringschätzung des Gewohnheitsrechts, die wir in Deutschland erst in letzter Zeit überwunden haben, und die sich wesentlich auf den Umstand gründet, daß die betreffenden Gesetze bestimmt waren, in den von ihnen behandelten Materien völlig an Stelle des bisherigen Rechtszustandes zu treten. So kommt Gewohnheitsrecht und überhaupt älteres Recht im wesentlichen hier nur außerhalb jener Materien und da vor, wo das Gesetz selbst auf den Ortsgebrauch usw. verweist (s. z. B. Art. 590 ff., 593, 603, 645, 663, 671, 674, 1135, 1160, 1648, 1736, 1748, 1753 ff., 1757 ff., 1762 CN.). Anders übrigens in Spanien (s. o. § 1).

Was die Gesetze angeht, so erlangen diese durch die Promulgation seitens des Staatsoberhaupts gemeinverbindliche Kraft; und zwar von dem Augenblicke an, da in jedem einzelnen Gebietsteil diese Promulgation als bekannt gilt (Art. 1 CN.), oder einfach wie bei uns nach Ablauf einer gewissen Zeit seit Publikation des Gesetzes im Gesetzblatt. Regelmäßig wird auch bestimmt, daß die Gesetze keine rückwirkende Kraft haben, und daß bei Lücken des Gesetzes nach Analogie zu entscheiden sei (in der Form, daß sich der Richter auf Grund der Dunkelheit oder völligen Schweigens des Gesetzes der Entscheidung von Streitigkeiten nicht entziehen dürfe). Jede Entscheidung hat autoritative Kraft nur für den einzelnen Fall. Die moderne Trennung der Gewalten ist mit der Erlassung gemeiner Bescheide durch den Richter unverträglich (Art. 2, 4, 5).

Die Privatrechtsvorschriften sind meistens dispositiv. Zwingende Kraft hat nur, was mit der öffentlichen Ordnung oder den guten Sitten zusammenhängt. (Art. 6.)

Lückenhaft und dürftig (weit mehr noch als bei uns) ist das internationale Privatrecht (Art. 3 CN.). Um so ausgiebiger ist dafür die Literatur. Das einheimische Recht ist unbedingt anwendbar, soweit die Anwendung durch die öffentliche Ordnung und Sicherheit des Staates (einschließlich der guten Sitten) gefordert wird (die sog. lois de police et de sûreté). Im übrigen werden (nach der Statutentheorie) auf den Personenstand, die Rechts- und Handlungsfähigkeit der Personen grundsätzlich die Gesetze ihrer Heimat (Nationalitätsprinzip) [1], auf die Rechtsverhältnisse an Sachen, jedenfalls an Grundstücken, das Gesetz am Orte ihrer Lage (lex rei sitae) zur Anwendung gebracht. Bei beweglichen Sachen folgt man noch vielfach der bei uns überwundenen Theorie: mobilia ossibus inhaerent, oder hat sie zum Teil (wie in Italien) gesetzlich festgelegt, so daß das Heimatsgesetz des Berechtigten entscheidet. — Schuldverhältnisse werden vielfach nach dem Entstehungsort der Obligation, — die Familienverhältnisse nach dem Heimatsrecht der Beteiligten (s. o.) bzw. des Familienhauptes, — das Erbrecht hinsichtlich der inneren Erfordernisse (validité intrinsèque des dispositions etc.) keineswegs geschlossen dem Heimatsrechte des Verstorbenen (Universalsukzession), sondern in Ansehung der zu vererbenden Immobilien vielfach der lex rei sitae unterstellt. — Alle äußeren Geschäftsformen (formes extrinsèques des actes entre vifs et de dernière volonté) werden regelmäßig nach dem Recht des Ortes der Vornahme des Akts beurteilt (locus regit actum). Doch genügt meist auch Beobachtung desjenigen Gesetzes, in dessen Bezirke das Geschäft zur Wirkung kommen soll (vgl. Art. 999 CN.).

Vgl. Foelix (Demangeat), Traité du droit internat. privé (1866), 2 Bde.; Brocher, Cours de droit internat. privé (1882 ff.), 2 Bde.; Laurent, Droit civil international (1880 ff.), 8 Bde.; Bard, Précis de dr. i.; Weiss, Traité théorique et prat. de droit

[1] S. jedoch auch Art. 13 CN. über das sog. domicile autorisé (u. § 4).

int. privé, 5 Bde. (2. Aufl. 1907 ff.); Despagnet, Précis de droit int. priv. (5. Aufl. v. Boeck, 1909); Surville & Arthuys, Cours élémentaire de droit int. privé (5. Aufl. 1910); Dictionnaire v. Vincent & Penaud (1888). — Ferner Pasqu. Fiore, Diritto internazionale privato, 4 Bde. (4. Aufl. 1902—1909); Giul. Diena, Principî di diritto internazionale, 2. Teil, Dir. i. privato (1910); Fr. Contuzzi, Dir. ereditario internazionale (1908); Perez Verdia, Tr. elem. de derecho internacional privado (1908); Conde y Luque, Der. international privado (neuestens 1910). S. auch Jitta, La methode du droit international privé (Haag 1890).

Zeitschriften: Revue de droit international (seit 1869) und Clunet, Journal du droit international privé (seit 1874).

2. Von den Rechten und Rechtsverhältnissen.

§ 4. Die allgemeinen Lehren über das subjektive Recht oder die Rechtsbefugnisse der Einzelnen lassen sich nur aus den vielfach zerstreuten Vorschriften der romanischen Gesetze (die einen solchen Teil nicht kennen) herausziehen. Vgl. Crome, Allg. Teil d. mod. französischen Privatrechtswissenschaft (1892). Italienische Ausgabe 1906.

Während die Frage nach der Entstehung der Rechtsfähigkeit des Individuums zur Zeit wohl überall wie bei uns beantwortet wird, der bürgerliche Tod abgeschafft ist und die Verurteilung zu schwereren öffentlichen Strafen nur noch eine teilweise Verminderung der bürgerlichen Rechtsfähigkeit zur Folge hat, auch aus der Standes- oder Religionsverschiedenheit im Prinzip keinerlei Vorzüge oder Nachteile in Ansehung des bürgerlichen Rechts mehr hervorgehen, ist eine zivilrechtliche Zurücksetzung der Fremden teilweise noch nicht überwunden und äußert sich im Vorbehalt gewisser Rechte für die Inländer (und diejenigen Ausländer, die ein besonderes Wohnrecht in dem betreffenden Territorium erlangt haben). Art. 8, 11, 13 ff. CN. Zwar ist durch das französische Gesetz vom 14. Juli 1819 den Ausländern das Recht zu erben und durch freigebige Verfügung zu erwerben freigegeben (Art. 726, 912 CN. sind abgeschafft); dennoch gesteht die Jurisprudenz den Fremden z. B. das Recht, die Verjährung oder eine gesetzliche Hypothek in Anspruch zu nehmen, gewisse eheliche oder elterliche Rechte auszuüben usw., nicht oder doch nur zögernd zu [1]. Volle Gleichstellung mit den Einheimischen gewährt dem Fremden das Bestehen eines internationalen Vertrags mit dem Heimatlande, der ein Reziprozitätsverhältnis zur Grundlage hat. Übrigens ist der Erwerb der Staatsangehörigkeit in Frankreich durch neuere Gesetze im allgemeinen erleichtert worden (und in Verbindung damit wird das Wohnrecht nur noch auf die Dauer einiger Jahre erteilt). Vgl. Ges. v. 26. Juni 1889, 22. Juli 1893 u. 5. März 1895. Auch ein Namenrecht wird von der Jurisprudenz anerkannt.

Die Beurkundung des Personenstandes ist in ähnlicher Weise wie bei uns organisiert; — nicht aber die rechtliche Behandlung verschollener Personen, indem eine eigentliche Todeserklärung nicht existiert [2], vielmehr die beim Verschwinden des Abwesenden vorhandenen nächsten Erben in Besitz und Genuß des zurückgelassenen Vermögens treten und späterhin darin verbleiben (absence présumée — declarée): in Anwendung der altertümlichen Grundsätze der sog. deutschrechtlichen cura absentis. Art. 112 bis 143 CN.

Neben den physischen gibt es in großem Umfang auch juristische Personen, die das Gesetz als solche nicht besonders bezeichnet (einige Regeln enthält nur das spanische Gesetzbuch II Kap. 2 Art. 35—39). Man betrachtet die juristische Persönlichkeit als eine fiktive, welche nur das vorliegende Kollektiveigentum verbirgt. Der CN. spricht nur von établissements publics ou d'utilité publique (Art. 910, 937, 1712, 2045, 2121, 2153, 2227) oder von Gütern, qui n'appartiennent pas à des particuliers (Art. 538, 619), wie z. B. dem Staat, Departements, Gemeinden, Bistümern, Kirchenfabriken, protestantischen und israelitischen Konsistorien, Hospitälern, Alters- und Versicherungskassen, Sparkassen, Leihhäusern, Schulen

[1] Kürzeste Zusammenstellung des heutigen Rechtszustandes mit Literaturnachweisungen bei Surville & Arthuys, a. a. O. n. 116 ff.

[2] Ein teilweises Hilfsmittel gewährt das französische Dekret v. 3. Jan. 1813 Art. 19 über accidents dans les mines und das Ges. v. 8. Juni 1893 über Seeverschollenheit und Kolonialtruppen usw. Verallgemeinernd besser Art. 391 C. civ. ital., Art. 191 ff. Cod. civ. esp.

und anderen Unterrichtsanstalten, religiösen Orden und Kongregationen, Arbeitersyndikaten, — soweit sie von der Regierung anerkannt sind oder sich dem Gesetz gemäß konstituieren. In dieser Art erwerben auch Handelsgesellschaften juristische Persönlichkeit; ja in der Jurisprudenz besteht die Neigung, die Rechtsfähigkeit ohne weiteres nicht nur Vereinen mit nicht geschlossener Mitgliederzahl, sondern sogar der einfachen bürgerlichen Gesellschaft beizulegen, also dieselbe z. B. auf ihren Namen Grundeigentum erwerben, klagen und verklagen zu lassen, und den Gesellschaftsgläubigern das Recht zu geben, sich vorzugsweise (vor den Gläubigern der einzelnen Gesellschafter) aus dem Gesellschaftsvermögen zu befriedigen. Doch hat das französische Gesetz v. 1. Juli 1901 diesen Unklarheiten zum größten Teil ein Ende gemacht. Es unterscheidet (bei den überhaupt erlaubten Vereinigungen) nicht angemeldete, denen die Geschäftsfähigkeit und das Recht vor Gericht zu stehen, überhaupt versagt ist, — ferner die (bei der Präfektur usw.) angemeldeten Vereinigungen beliebiger Art, welche in unserm Sinn juristische Persönlichkeit besitzen, aber nur beschränkt erwerbfähig sind, — endlich Vereinigungen von anerkannter utilité publique (s. o.) mit unbeschränkter Erwerbfähigkeit (z. B. auch an Immobilien), abgesehen von der auch bei uns allgemein üblichen Begrenzung des Art. 910 CN. (betr. die tote Hand). Die religiösen Kongregationen (cf. Dalloz 1904, I, 59, II, 137) unterstehen einem strengen Sonderrecht. — Auch um eine Stiftung zu machen, muß die déclaration d'utilité publique nachgesucht werden. Unter dieser Voraussetzung ist die Stiftung sowohl durch Rechtsgeschäft unter Lebenden (als Schenkung), wie durch Testament (unter Überwindung der auch bei uns vorhanden gewesenen Schwierigkeiten [1]) zulässig.

§ 5. Die Güter (biens), nicht bloß die körperlichen Sachen, werden in bewegliche und unbewegliche geteilt. Dies hängt mit der überwiegenden Bedeutung zusammen, die dem unbeweglichen Vermögen vor dem beweglichen allgemein beigelegt wird. Rechte gelten als unbeweglich, wenn sie eine unbewegliche Sache zum Gegenstande haben oder der Anspruch auf Erlangung einer solchen gerichtet ist (actio immobilis quae tendit ad immobile). Der Grund des Anspruchs ist gleichgültig; nur eine Hypothek folgt regelmäßig der zugrunde liegenden Forderung. Cf. Art. 526, 529 CN. Die Nebensache folgt der Hauptsache, ist also wie diese beweglich oder unbeweglich. Dies gilt auch für die Zubehörden (Pertinenzen), z. B. das Gutsinventar, das Inventar einer Fabrik, eines Theaters usw., wie überhaupt die Pertinenz- und Fruchtlehre ähnlich wie in unserem heutigen Rechte bestimmt ist.

§ 6. Ein Gleiches gilt (aus allgemeinen logischen Gründen) in Ansehung der Rechte und Rechtsverhältnisse. Dingliche, persönliche, Familien-, Autor- und sonstige Individualrechte usw. sind in gleicher Weise wie bei uns bekannt, und auch der Charakter der einzelnen Rechtsfiguren (z. B. der Miete als bloßes Schuldverhältnis) stimmt im allgemeinen überein. Die Hauptquelle der Entstehung, des Erlöschens oder der Veränderung von Rechten bilden (neben dem Gesetz) die Willenserklärungen, Rechtsgeschäfte (actes) der Beteiligten. Enger ist der Begriff der Übereinkunft (convention), die einen Konsens zweier oder mehrerer Personen voraussetzt, und des Vertrags (contrat), durch welchen Verbindlichkeiten (engagements) auf Geben, Tun oder Unterlassen zwischen zwei oder mehreren Personen begründet werden. Doch gehen die Ausdrücke auch durcheinander.

Die Gültigkeitserfordernisse der Rechtsgeschäfte sind im wesentlichen dieselben wie bei uns (Art. 1108 ff. CN.). Grundsätzlich besteht Formfreiheit, wenigstens der obligatorischen Verträge mit Hauptausnahme der Schenkung, die notarieller Beurkundung bedarf. Mangels Beobachtung der vorgeschriebenen Form ist das Geschäft nichtig. Hinsichtlich der Geschäftsfähigkeit (capacité) wird zwischen vollständig Handlungsunfähigen (Kindern, Wahnsinnigen) und beschränkt Handlungsfähigen (Minderjährigen, Ehefrauen, Entmündigten oder Interdizierten) unterschieden; die vollständige Handlungsunfähigkeit ist im Einzelfall zu konstatieren. Die Akte der Minderjährigen usw. bedürfen zu ihrer Gültigkeit der Zustimmung (Autorisation) des gesetzlichen Vertreters, Ehemanns der Handelnden, sind aber

[1] Wie beim sog. Städelschen Erbfall. Vgl. betreffs der von Edmond de Goncourt gestifteten Académie littéraire die Gazette du Palais 1897, II, 456, u. 1900, I, 608 und Bulletin des lois 1903 n. 3677, S. 899.

in Ermangelung dieser Autorisation nicht schlechthin ungültig, sondern meist nur der Restitution unterworfen. Cf. Art. 1125, 1305 ff. CN. In diesen und den Fällen der Anfechtbarkeit eines Geschäfts (z. B. wegen Geschäftsirrtums, Betrugs, Drohung) erfolgt die Anfechtung durch Klage (mit zehnjähriger Frist seit Beendigung der Anfechtungssituation). Die durchgeführte Anfechtung wirkt rückwärts, wie wenn das Geschäft nie abgeschlossen worden wäre.

Eine ähnliche Rückwirkung wird der erfüllten Suspensiv- und auch der Resolutivbedingung eines Geschäftes beigelegt, jedoch ohne ausdrücklich gewollte Zwischenwirkungen zu ignorieren (condicioni dies inest). Umgekehrt wird während des Schwebens der Bedingung das sog. periculum deteriorationis vom Gläubiger insofern nicht getragen, als er Auflösung des Vertrages fordern darf. Cf. Art. 1179, 1182 ff. CN.

§ 7. Die Verjährung der Ansprüche wird mit der Ersitzung zusammen behandelt. Verjährung des dinglichen Anspruchs schließt danach regelmäßig den dinglichen Rechtserwerb eines anderen in sich ein. Verjährbar sind alle Ansprüche mit Ausnahme der sog. Standesklagen, des Teilungsanspruchs während Bestehens der Gemeinschaft usw. Die Verjährungsfrist ist 30 Jahre; die gewöhnlichen Ansprüche des Verkehrslebens verjähren in kurzer Zeit. Stillstand und Unterbrechung der Verjährung sind ähnlich wie bei uns geregelt, ebenso (vorbehaltlich des oben Gesagten) die Wirkung der Verjährung, einschließlich des Verzichts auf ihre Geltendmachung.

II. Obligationenrecht.

1. Allgemeines Schuldrecht.

§ 8. In der Lehre von den Schuldverhältnissen folgen die romanischen Gesetzbücher im wesentlichen dem römischen Rechte, in der Ausbildung, welche dasselbe durch die praktischen Juristen Frankreichs (Pothier, Domat etc.) gefunden hatte. Bei aller Eleganz läßt das Gesetz hier größere Feinheit vermissen. Man vertraut darauf, daß aus den Grundsätzen von Treu und Glauben (der sog. naturalis aequitas) und der Verkehrssitte bei der souveränen Machtstellung, die das Gericht in den romanischen Ländern genießt, sich die notwendige Ergänzung von selbst ergebe. Im großen und ganzen darf behauptet werden, daß die Grundsätze über die allgemeine Natur, Subjekt und Gegenstand, Entstehung, Aufhebung und Übergang der Schuldverhältnisse auf andere Personen (Art. 1101—1386) sowie über die hauptsächlichsten Verträge des Verkehrslebens (Art. 1582—2058 CN.) im wesentlichen unsern Rechtsanschauungen entsprechen.

Vgl. Crome, Die Grundlehren des französischen Obligationenrechts (1894); italienische Ausgabe 1908. — Saleilles, Théorie générale de l'obligation d'après le projet du Code civil Allemand (1890). — Baudry-Lacantinerie (Barde), Des contrats et oblig. conventionelles en général, 2 Bde. — Bufnoir, Propriété et contrats (1900). — Pandectes françaises s. v. Obligations (Weiss etc.). — Entsprechend De Crescenzio & Ferrini s. v. Obbligazione in Enciclopedia giuridica. — Lomonaco in Fiore. — Giorgi, Obbligazioni nel dir. mod. ital. (5. Aufl.). — Polacco, desgl. (1899). — Bindi, Le obbligaz. e il contratto (1896) etc.

Hervorzuhebende Punkte sind folgende:

§ 9. Abstrakte Schuldverträge werden nicht anerkannt. Jede Verbindlichkeit muß ihren Rechtsgrund (causa) haben und ist in deren Ermangelung nichtig. Nennt der Schuldschein die causa nicht, so muß der Gläubiger sie beweisen, widrigenfalls er nicht fordern kann (Art. 1131 ff. CN.). Dies trifft auch den Anerkennungsvertrag (Art. 1337), der somit nur im Sinne des römischen constitutum wirksam werden kann. Dagegen sind die reale Erfüllung einer Verbindlichkeit und der Erlaß abstrakt gültig (arg. Art. 1282, 1376 ff. CN.) wegen der Gunst, welche die Befreiung des Schuldners für sich hat.

§ 10. Naturalobligationen, die noch vereinzelt vorkommen (z. B. Spielschulden, Aussteuer ehelicher, Unterhalt nicht anerkannter unehelicher Kinder usw.), stehen im allgemeinen

nicht auf dem Boden der Rechtsordnung, sondern der Moral und Sitte. Nur die reale Erfüllung ist gültig (keine Schenkung), nicht aber ein bloßes Anerkenntnis oder Zahlungsversprechen (s. o.), Art. 1235. Doch setzt sich die Jurisprudenz zum Teil über die letztere Beschränkung hinweg.

§ 11. Allen gegenseitigen Verträgen (synallagmatischen Kontrakten) wohnt kraft Gesetzes ein Reuerecht (lex commissoria) für den Fall inne, daß der Gegner seinem Versprechen nicht oder nicht rechtzeitig nachkommt. Infolgedessen kann also der nichtsäumige Teil nach (richterlicher) Bewilligung einer Nachfrist von dem Vertrage zurücktreten, wie wenn er nicht geschlossen wäre. Die Ausübung des Rücktrittsrechts hat rückwirkende Kraft. Art. 1184 CN.

§ 12. Die Übertragung der Forderungsrechte wird für Dritte, insbesondere für den Schuldner, erst dann wirksam, wenn sie dem Schuldner formell angezeigt worden ist (Art. 1690). Im übrigen ist die Stellung der Zession im Kaufkontrakt nur eine Ungeschicklichkeit: die schenkweise Übertragung (unter Beobachtung der allgemeinen Schenkungsvorschriften, Art. 931 ff.) wird dadurch nicht ausgeschlossen.

Dagegen ist den romanischen Rechten eine Schuldübernahme als Übertragung der Passivseite der Obligation auf einen neuen Schuldner unter Freigabe des alten ganz unbekannt. Infolgedessen nimmt die Novation (Art. 1271 ff.) entsprechend größeren Raum ein.

§ 13. In der Lehre der Aufrechnung ist der römische Satz: „ipso iure compensatur" in dem Sinne angenommen, daß die beiderseitigen Forderungen sich in dem Augenblicke, da sie einander als kompensabel gegenübertreten, von selbst (kraft Gesetzes und ohne Wissen der Parteien) bis zur Höhe der minderen Forderung aufzehren (Art. 1290 ff.). Doch kann dieser Effekt ausgeschlossen werden, und es gibt daneben auch noch eine sog. fakultative und gerichtliche Kompensation. Ohne Liquidität der beiderseitigen Forderungen tritt die gesetzliche Kompensation überhaupt nicht ein.

2. Einzelne Schuldverhältnisse.

§ 14. Beim Kauf ist eigentümlich, daß der Verkauf einer fremden Sache nichtig ist, vorbehaltlich der Schadensersatzansprüche des gutgläubigen Käufers (Art. 1599 CN.). Da der obligatorische Vertrag, sofern er auf Veräußerung einer existenten Sache geht, überhaupt die Kraft hat, mangels entgegenstehender Parteivereinbarung das Eigentum der Sache — ohne Tradition oder Grundbucheintragung — auf den Erwerber zu übertragen (s. Sachenrecht), so ist dies auch beim Kauf der Fall, und fällt folglich die Gefahrtragung des Käufers regelmäßig mit der allgemeinen Gefahrtragung des Eigentümers zusammen. Vgl. Art. 1138, 1583 CN. Selbstverständlich geht bei bedingtem Kaufe die Gefahr nicht vor Eintritt der Bedingung — beim Genuskauf nicht vor genügender Spezialisierung — auf den Käufer über. Wegen Mängel der Sache gibt es die Kauf- und sog. ädilizischen Klagen. Für den Viehkauf besteht ein Gesetz vom 2. August 1884, das an Stelle eines solchen vom 20. Mai 1838 getreten ist.

Die Schenkung wird im Zusammenhang mit den freigebigen Verfügungen von Todeswegen behandelt, untersteht aber sonst ähnlichen Regeln wie bei uns. Insbesondere bedarf sie der notariellen Beurkundung, außer bei Handgeschenken.

Vgl. Colin et Baudry-Lacantinerie, Tr. des donations entre vifs et testaments, 2 Bde. (3. Aufl. 1905).

Die Dienst- und Arbeitsverträge sind durch neuere Gesetze in modernem sozialem Sinne geregelt. Vgl. franz. Ges. v. 2. Nov. 1892, 30.—31. März 1900, 28. Dez. 1910 usw. Ferner z. B. die Maßnahmen des Ges. v. 27. Dez. 1890 (gegen renvoi injuste), v. 28. Mai 1838, 25. Juli 1891, 6. Febr. 1895 (privilèges), Ges. v. 21. März 1884 usw. (über Syndikate).

§ 15. Die Zivildelikte sind auf die allgemeine Formel zurückgeführt, daß jede vorsätzliche oder fahrlässige Handlung eines Menschen, von welcher Art sie

auch sei, die einem anderen Schaden verursacht, den Schuldigen zum Ersatze dieses Schadens gegenüber dem Beschädigten verpflichtet. Art. 1382 ff. Die Bedeutung dieses Satzes ist universell; unser gesamtes Deliktsrecht, einschließlich des sog. unlauteren Wettbewerbs, wird dadurch umfaßt, — Ersatz, nicht bloß vermögensrechtlicher, sondern auch der sog. immateriellen Schäden wird in liberalster Weise zugestanden. Dabei haften Eltern, Hausherrn und Kommittenten, Lehrer und Gewerbetreibende auch für die Handlungen ihrer Kinder, Untergebenen usw. Nur der Nachweis, daß sie die Tat nicht verhindern konnten, schließt in gewissen Fällen die Verantwortlichkeit aus. Art. 1384 ff. CN. [1]

III. Sachenrecht.

1. Eigentum.

§ 16. Da der Sachbegriff auch auf unkörperliche Gegenstände erstreckt wird (§ 5), spricht man von Eigentum nicht bloß in dem uns geläufigen Sinne, sondern auch vom Eigentum an Geisteswerken. Immerhin unterstehen die Immaterialgüterrechte, ähnlich wie bei uns, besonderen Bestimmungen (vgl. z. B. die franz. Gesetze v. 14. Juli 1866 u. 9. April 1910, auch 5. Juli 1844 u. 31. Mai 1856; italienische v. 19. Sept. 1882 bzw. 30. Okt. 1859, 30. Aug. 1868, 4. Aug. 1894 über Art. 437 C. c. it.; das spanische Ges. v. 16. Mai 1902 usw.).

Das Eigentum an Sachen wird erworben durch Okkupation, soweit dieselbe zugelassen ist (vgl. Art. 713 ff. CN.), Fund (Art. 717 i. f., 2279), Fruchterwerb (der nach Art. 547 ff., 585 CN. in ähnlicher Weise wie bei uns geregelt ist) und andere sog. Akzessionsfälle (inaedificatio, implantatio, Alluvion usw., Verbindung und Vermischung, Verarbeitung beweglicher Sachen u. dgl.), sowie durch Ersitzung. Letztere spielt jedoch nur bei Immobilien eine Rolle, da bei beweglichen Sachen der Besitz den Rechtstitel ersetzt. Art. 2279 CN. An Immobilien dagegen kann, weil es eigentliche Grundbücher nicht gibt, das Eigentum ersessen werden; und zwar ohne weiteres in 30 Jahren ohne guten Glauben und ohne Titel (außerordentliche Ersitzung), mit Titel und (anfänglichem) gutem Glauben in 10—20 Jahren (ordentliche Ersitzung). Art. 2228 ff., 2262, 2265 ff. CN.

Die wichtigste Erwerbsart des Eigentums ist unstreitig die durch Verträge. Hier besteht der Grundsatz, daß das Eigentum schon durch die bloße Kraft des obligatorischen Veräußerungsvertrages auf den Erwerber übergeht, ohne daß es einer Tradition (Übergabe) oder des Eintrags der Veräußerung ins Grundbuch bedarf. Art. 711, 1138, 1583 CN. [2] Dieser Grundsatz, durch den sich die romanischen Rechte sowohl vom römischen als unserem Recht erheblich unterscheiden, würde jedoch für die Rechtssicherheit die bedenklichsten Folgen haben, wenn er nicht teils mehrfach beschränkt (s. o. § 14), teils durch die Vorschriften über den Beweis (Art. 1315 ff. CN.) und über das sog. sichere Datum der Verträge (Art. 1328, 1743 eod.) ergänzt und auf ein engeres Maß zurückgeführt würde.

Endlich ist das Erfordernis der Publizität der dinglichen Rechte für jedwede Erwerbsart dieser Rechte (insbesondere des Eigentums) von Bedeutung. Der materielle, aber bloß heimliche Berechtigte genießt für sein Recht nur unvollkommenen Rechtsschutz. Hat der Erwerber also auch in Verfolg des obligatorischen Vertrags das Eigentum erlangt, so hat er es doch damit nicht schon vollwirksam gegen Dritte. Vielmehr bedarf es dazu, ähnlich wie bei uns, besonderer Akte: bei Mobilien der Übergabe (die allerdings hier nicht den Charakter eines dinglichen Vertrages, sondern der bloß tatsächlichen Herausgabe der Sache hat), bei Immobilien

[1] S. jedoch wegen der Haftung des Staates (nicht auch anderer juristischer Personen des öffentlichen Rechts) Dalloz 1873, III, 20; 1874, I, 379; 1877, I, 69; 1884, I, 301; 1904, I, 265; 1906, II, 213. Vgl. Tirard, La responsabilité de la puissance publique (1906) und Note zu Dall. 1906, III, 81. S. auch Giliberti Messina, Responsabilità civile dello stato e delle altre persone giuridiche per fatti ingiusti dei propri agenti (1910).

[2] Entsprechend Art. 1125 C. c. ital. Auch in Spanien gilt trotz Art. 609, 1095 sachlich wohl dasselbe, da die dort verlangte Übergabe in Art. 1462 ff. so erleichtert ist, daß sie kaum noch in Betracht kommt.

einer Eintragung des Aktes (s. u.) ohne weitere dingliche Einigung. Geschieht dies nicht, so nützt das erlangte dingliche Recht dem Erwerber nur wenig; insbesondere kann er das Entstehen entgegengesetzter dinglicher Rechte an der Sache (die sein Recht beschränken oder es, als damit unvereinbar, aufheben) nicht hindern. Diese gehen ihm vor, soweit sie ihrerseits in gehöriger Weise offenkundig sind.

Bei beweglichen Sachen besteht das Publizitätsmittel in dem tatsächlichen Besitz der Sache, kraft der allgemeinen Formel (s. o.), daß der Besitz den Rechtstitel vertritt. Art. 2279 CN. Doch gilt dies nicht in Ansehung gestohlener oder verlorener Sachen. Diese kann der Verlierer in seine Gewalt zurückbringen (revendiquer), wo er sie auch vorfindet.

Bei Immobilien ist heutzutage in den meisten romanischen Ländern das Transkriptionssystem angenommen. Danach bedürfen Rechtsgeschäfte unter Lebenden, mögen sie eine entgeltliche oder unentgeltliche Verfügung über Immobilien enthalten, zur Wirkung gegen Dritte regelmäßig der Eintragung ins Transkriptionsregister. Dies gilt nicht bloß für Veräußerungen und Belastungen, sondern auch für Verzichte auf das Eigentum, für die Bestellung dinglicher Rechte an Immobilien überhaupt und für Urteile, welche die genannten Rechtsakte feststellen, für Adjudikationsurteile usw. Es besteht aber die Transkription darin, daß der betreffende Erwerbstitel oder das Urteil seinem ganzen Inhalte nach in das öffentliche Buch (das man das Grundbuch nennen kann) eingetragen wird. (Der Mangel des Systems liegt vor allem in der geringen Übersichtlichkeit, im Gegensatz zu unseren Realfolien.) Soweit die Transkription vorgeschrieben ist, beruht der Rechtserwerb gleichwohl nicht auf ihr, sondern auf dem vorausgegangenen Erwerbstitel. Mangels Vornahme der Transkription sind nur die Rechte des Erwerbers gegen Dritte in vielfacher Beziehung beschränkt. Er kann sein Eigentum zwar gegenüber seinem Autor und dessen allgemeinen Rechtsnachfolgern, nicht aber gegenüber Dritten geltend machen, die ein eintragungsfähiges Recht an der Sache erworben und vorher haben eintragen lassen usw. Bei mehreren sukzessiven Übertragungen kann sich ein zweiter oder dritter Erwerber unter Umständen im Verhältnis zu Dritten auf die Eintragung berufen, die sein eigener Autor genommen hatte, wenn dieser auf Grund der Eintragung dem Dritten vorginge.

Vgl. Französ. Ges. v. 23. März 1855, Belgisches v. 16. Dez. 1851, C. c. ital. Art. 1932 ff. — Flandin, De la transcription (1861), Mourlon, desgl. (1862), Troplong, Verdier, Berger usw., desgl. — Coviello, Trattato sulla trascrizione, 2 Bde., Luzzati, desgl., 4. Aufl. (1901). — Crome-Zachariae, Bd. I §§ 122, 190 ff., 193 Ziff. II (zugleich mit den Anm. der italien. Ausgabe).

§ 17. Die Beschränkungen des Eigentums nach Wasserrecht[1], im Interesse des nachbarlichen Verkehrs und auf Grund des Miteigentums von Scheidemauern (droit de mitoyenneté) werden als Legalservituten aufgefaßt (Art. 640—685 CN.). Andere Beschränkungen beruhen auf dem Rechte der Enteignung, den sog. Rural- und Wegepolizeigesetzen usw. Der Eigentümer des niedrigeren Grundstücks kann auf das vom höher gelegenen Grundstück abfließende Wasser durch Titel oder Ersitzung ein Recht erlangen: die Ersitzung wird durch den Besitz geeigneter Vorrichtungen auf dem niedrigeren Grundstück vermittelt. Eigentümlich ist das in Städten und Vorstädten bestehende Recht, den Nachbar zur Mitwirkung bei der Einschließung des Grundstücks durch Scheidemauern usw. anzuhalten, und die damit in Verbindung stehende Berechtigung, die Hälfte einer schon bestehenden Grenzmauer zu Scheidezwecken zu erwerben oder die eigene Grenzmauer in Voraussicht jener Ansprüche zur Hälfte auf das fremde Grundstück hinauszubauen. Bei Baumpflanzungen und insbesondere Aussichtsfenstern, die auf des Nachbars Grundstück gehen, sind bestimmte Entfernungen einzuhalten.

---

[1] Das französische Gesetz v. 8. April 1898 enthält einen ganzen Kodex des Wasserrechts. — Über die propriété rurale im allgemeinen vgl. die Gesetze v. 20. Aug. 1881, 4. April, 9. u. 18. Juli 1889, 22. Juni 1890, 8. Febr. 1897 usw.

2. Dingliche Nutzungsrechte.

§ 18. Als solche kommen zunächst die eigentlichen Grunddienstbarkeiten (Art. 637—639, 686—710 CN.) in Betracht. Deren Begriff entspricht dem unsrigen; insbesondere werden die einzelnen Lasten auch hier nicht aufgezählt. Die schulmäßige Einteilung des römischen Rechts in städtische und ländliche Grunddienstbarkeiten kehrt zwar noch wieder, aber ohne praktische Bedeutung. Dagegen ist rechtserheblich die Einteilung in offene und nicht offene Dienstbarkeiten (s. apparentes und non apparentes), je nachdem sie sich durch eine äußere Anlage (z. B. eine Tür, ein Fenster, einen Graben, Damm, Wasserleitung) ankündigen, und in kontinuierliche und diskontinuierliche Grunddienstbarkeiten, je nachdem das Recht eine ununterbrochen fortdauernde oder nicht fortdauernde Ausübung gestattet (von der ersteren Art sind z. B. Wasserleitungen, Dachtraufen, Aussichtsfenster, von der letzteren solche Gerechtigkeiten, deren Ausübung die jedesmalige Handlung eines Menschen erfordert, wie Wegerechte, Weiderechte, Wasserschöpfgerechtigkeiten usw.).

Nur die offenen und kontinuierlichen Grunddienstbarkeiten können durch Ersitzung erworben werden (andere nicht einmal durch Unvordenklichkeit). Die Ersitzung ist an den dreißigjährigen Besitz der Anlage geknüpft. Offene und kontinuierliche Grunddienstbarkeiten entstehen in eigenartiger Weise auch durch sog. Bestimmung des Eigentümers, wenn die beiden benachbarten Grundstücke zeitweilig denselben Herrn haben (destinatio patris familias). Hat der Eigentümer während dieser Zeit die beiden Grundstücke in einen äußeren Zustand zueinander gebracht, welcher dem Tatbestand einer augenfälligen kontinuierlichen Dienstbarkeit entspricht, so entsteht, wenn er das eine Grundstück veräußert, die Dienstbarkeit von selbst. Ja, wenn ein ähnlicher Zustand in der Hand des früheren Eigentümers nur überhaupt bestand, so gilt bei Veräußerung des einen Grundstücks wenigstens die Rechtsvermutung, daß die Aufrechterhaltung jenes Zustandes in Gestalt einer Grunddienstbarkeit beabsichtigt sei.

Im übrigen können sämtliche Grunddienstbarkeiten durch Vertrag oder Vermächtnis errichtet werden. Die vertragliche Bestellung setzt Veräußerungsbefugnis voraus. Zur Bestellung genügt einfacher Vertrag; zur Wirkung gegen Dritte ist aber regelmäßig Eintragung des Titels in das Transkriptionsregister erforderlich, widrigenfalls bei Unvereinbarkeit mehrerer Belastungen die früher eingetragene vorgeht (s. o. § 16).

Die Grunddienstbarkeiten erlöschen durch tatsächliche Unmöglichkeit der Ausübung (mit Wiederaufleben bei erneuter Möglichkeit vor Eintritt dreißigjähriger Verjährung). Ferner durch Vereinigung des herrschenden und dienenden Grundstückes in einer Hand (im Fall der Subhastation mit eventuellem Wiederaufleben zugunsten des Erstehers); durch Nichtgebrauch in 30 Jahren seit der letzten Benutzung, resp. bei kontinuierlichen Grunddienstbarkeiten seit Eintritt eines der Servitut widersprechenden äußeren Zustandes (die letztgenannte Erlöschungsart, die auch als eine Ersitzung der Freiheit gedacht werden kann, ist nur als außerordentliche Ersitzung zugelassen). Dieselben Grundsätze sind auch auf eine Verminderung des Umfangs einer Dienstbarkeit (durch teilweise oder unvollkommene Ausübung) anwendbar. Daß Verzicht und Enteignung des Grundstücks usw. eine Dienstbarkeit aufheben, versteht sich von selbst.

§ 19. Als persönliche Dienstbarkeiten kommen der Nießbrauch, das Gebrauchs- und Wohnungsrecht in Betracht (Art. 578—636 CN.). Das Gebrauchsrecht ist lediglich ein beschränkter Nießbrauch; das Wohnungsrecht ein Gebrauchsrecht in Ansehung eines Hauses.

Gegenstand des Nießbrauchs können nicht bloß Sachen (bewegliche und unbewegliche), sondern auch Rechte sein. Vgl. Art. 588 CN. Es gibt einen eigentlichen und uneigentlichen Nießbrauch (an verbrauchbaren Sachen). Auch sonst gelten im einzelnen größtenteils die Regeln des deutschen Rechts, nur daß die alte cautio usufructuaria bestehen geblieben ist und eine Übertragung des Nießbrauchs auf einen Dritten auch dem Rechte nach stattfinden kann. Die zur Zeit der Entstehung des Nießbrauchs mit der Sache noch verbundenen Früchte gebühren dem Nießbraucher (ebenso wie er die bei Beendigung noch stehenden Früchte dem Eigentümer zu lassen hat); nur bei den bürgerlichen Früchten, einschließ-

lich der Pachtzinsen, gilt der jetzt auch bei uns anerkannte Grundsatz, daß dieselben gewissermaßen Tag für Tag verfallen, so daß ein der Nießbrauchszeit entsprechender Teil aus der letzten Fruchtperiode auf den Nießbraucher resp. den Eigentümer entfällt. Ist es der Nießbraucher, der die seinem Recht unterworfenen Grundstücke an Dritte vermietet oder verpachtet hat, so ist der Vertrag, wenn er nicht im voraus für eine längere Zeit als neun Jahre geschlossen wurde, vom Eigentümer zu halten, auch wenn der Nießbrauch vor Ablauf einer solchen Periode endigt. Andernfalls nur während der erwähnten neun Jahre. Endlich werden über die Rechte des Nießbrauchers an Waldungen, Schlagholz, hochstämmigen Bäumen usw. nähere Bestimmungen getroffen. Auf den gewöhnlichen Ertrag von Bergwerken und Steinbrüchen hat der Nießbraucher nur dann Anspruch, wenn letztere zur Zeit der Begründung des Nießbrauchs auf dem Grundstücke schon eröffnet waren (eine Vorschrift, die schärfer ist als das allgemeine Verbot von Kulturveränderungen). — Außer den gewöhnlichen Endigungsgründen des Nießbrauchs kommt eine solche durch Mißbrauch, und beim Nießbrauch zugunsten einer juristischen Person durch Ablauf von 30 Jahren vor.

Vgl. **Proudhon**, Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation etc. (in mehr. Aufl.); **Genty** desgl. — **Venezian**, Dell' usufruttu (1905 ff.).

§ 20. Superfizies und Emphyteuse, wie überhaupt jede sog. Teilung des Eigentums, und die Reallasten wurden als feudale Lasten von der Revolution und dem Napoleonischen Gesetzbuch hinweggefegt. Grundrenten werden nur als obligatorische Rechte anerkannt und überhaupt in engen Grenzen gehalten. Nur bei Grunddienstbarkeiten kann der Eigentümer des dienenden Grundstücks für sich und seine Rechtsnachfolger im Eigentum des Grundstücks gehalten sein, die zur Ausübung der Servitut erforderlichen Anlagen auf seine Kosten herzustellen oder zu unterhalten (vorbehaltlich der Befugnis, sich durch Aufgabe des Grundstücks an den Servitutberechtigten von der Last zu befreien).

Anderseits ist das Recht der Emphyteuse in einzelnen Territorien durch besondere Gesetze wieder eingeführt, so in Italien (Art. 1556 ff. c. c. ital.), in Holland und Belgien (1824). In Frankreich ist sie aus der Mischbildung, in der die Jurisprudenz sie konserviert hatte, durch Gesetz v. 25. Juni 1902 wieder zu einem dinglichen Immobiliarrecht emporgehoben worden, das auch veräußert und mit Hypotheken belastet werden kann. Folglich unterliegt der Vertrag jetzt auch der Transkription gemäß Ges. v. 23. März 1855 (s. o. § 16). Die Bestellung ist aber für nicht länger als 99 Jahre zulässig. Innerhalb dieser Zeitdauer ist das Recht auch vererblich.

Für Superfizies, soweit sie sich auf ein Erbbaurecht beschränkt, ist kein Bedürfnis, weil an Gebäuden ein volles Eigentum auf fremdem Boden (ja sogar an einzelnen Stockwerken) möglich ist.

Lehen und Fideikommisse usw. sind grundsätzlich beseitigt.

3. Pfandrecht.

§ 21. Das Pfandrecht zerfällt in das mobiliare Faustpfandrecht (gage, nantissement), das im wesentlichen den Grundsätzen des heutigen deutschen Rechts entspricht [1]. Da als Sachen aber auch unkörperliche in Betracht kommen (s. o. § 5), so findet unter der Form des mobiliaren auch das Rechtspfandrecht Unterkommen (abgesehen vom Falle o. § 20 und von der Verpfändung eines fonds de commerce. Ges. v. 1. März 1898 usw.). Die Pfandbestellung bei beweglichen Sachen erfolgt durch Übergabe (doch muß zur Wirkung gegen Dritte der Vertrag auch schriftlich abgefaßt werden, Art. 2074 CN.). Bei der Verpfändung eines Rechtes wird die Tradition ersetzt durch den Gebrauch der Formen, die zur Übertragung des Rechts erforderlich sind.

Sehr mangelhaft geregelt sind die Grundpfandrechte (Hypotheken). Auch sie sind durchweg akzessorisch, bestehen also nur zugunsten einer dadurch gesicherten Forderung. Selbständige Grundstückspfandrechte und Grundschulden kommen nicht vor. Der Grundsatz

[1] Das Pfandleihegewerbe beschränkt sich nach den franz. Gesetzen v. 16. Pluv. XII und 24. Juni 1851 auf die sog. Monts de Piété. Vgl. hierzu Dalloz 1876, I, 404.

der Publizität, Spezialität und Priorität der Hypotheken ist zwar auch hier eingeführt; aber da es für die Eintragung keine Grundbücher, sondern nur Inskriptionsregister, ähnlich den oben § 16 erwähnten Transkriptionsregistern gibt (regelmäßig erfolgen die Eintragungen hintereinander, und ein Index gibt über die Personen Auskunft), so muß der Interessent, der den Kredit des Grundstücks prüfen will, meist sämtlichen Vorbesitzern desselben und den gegen sie begründeten Realberechtigungen nachgehen. Dazu kommt, daß das Publizitätsprinzip (auf dieser Grundlage) nicht einmal ausnahmslos durchgeführt ist. Eine Reihe Ausnahmen machte das Napoleonische Hypothekenrecht geradezu unhaltbar; ein halbwegs erträglicher Zustand wurde erst durch Verbesserungsgesetze erreicht, welche die verschiedenen Staaten, Italien, Belgien (1851) usw. und Frankreich (1855) erlassen haben. Danach ist die Inskription der Pfand- und Vorzugsrechte an Grundstücken zur Wirkung gegen dritte Erwerber des Grundstücks im allgemeinen auch da notwendig, wo dies früher nicht der Fall war (für allgemein privilegierte Forderungen, Ehefrauen und Mündel, sowie für das oben § 11 erwähnte weittragende Rückforderungsrecht von Grundstücken zufolge stattgefundener Resolution des Veräußerungsvertrages). Es bleibt nur noch der Übelstand, daß es neben den notariell aufzunehmenden vertragsmäßigen speziellen auch noch zahlreiche Generalhypotheken gibt (deren Eintragung also ohne genauere Bezeichnung des Objekts auf sämtliche Grundgüter des Schuldners erfolgen kann). Diesen Charakter haben die gerichtlichen Hypotheken aus (provisorischen und definitiven) Urteilen sowie aus gerichtlicher Anerkennung einer Privaturkunde, sofern die belasteten Grundstücke nicht speziell angegeben sind, und ferner die gesetzlichen Hypotheken der Ehefrauen, Minderjährigen und Entmündigten usw. (die Hypothek der Ehefrau belastet alle, auch die künftigen Grundgüter des Mannes wegen der Forderungen der Frau aus dem ehelichen Güterverhältnisse; die Hypothek des Mündels belastet in ähnlicher Art die Immobilien des Vormundes für dessen Verpflichtungen aus der Vormundschaft). Die Möglichkeit derartiger genereller Eintragungen hängt mit dem Fehlen von Realfolien des Grundbuchs zusammen. Der Interessent auf ein bestimmtes Grundstück muß also selbst prüfen, ob dasselbe mit Rücksicht auf den Zeitpunkt des Erwerbs durch den Belasteten von der Hypothek ergriffen wird, und (mit Bezug auf andere Eintragungen) in welchem Range.

Für diese Rangordnung gilt schließlich, daß sie sich im allgemeinen zwar nach dem Datum der Inskription (Art. 2134 CN.) richtet, mag die Eintragung eine allgemeine oder eine besondere sein. Es gibt jedoch auch privilegierte Forderungen, die (wenn sie durch Eintragung gehörig gewahrt sind) den einfachen Hypotheken am Grundstück vorgehen (Art. 2095 ff. CN.). Der Rang richtet sich hier nach der Beschaffenheit der Forderung (auch im Verhältnis mehrerer Privilegien untereinander). Vgl. die in Art. 2103 CN. aufgezählten Klassen.

Übrigens werden Privilegien auch mit Beziehung auf das bewegliche Vermögen des Schuldners anerkannt (vgl. Art. 2101, 2102 CN.), die nur zum Teil gesetzliche Pfandrechte, im übrigen einfache privilegia exigendi sind, so daß dieser Begriff teilweise aus dem Rahmen herausfällt. Ebenso wird das Retentionsrecht von der romanischen Jurisprudenz im Anschluß an die Pfandrechte behandelt.

Die Literatur des Pfandrechts ist sehr reichhaltig, diejenige vor den Reformgesetzen aber nur noch teilweise brauchbar. Die konzentrierteste Darstellung bei Crome-Zachariae, Bd. II §§ 226—275 (zugleich mit den Anm. der italien. Ausgabe). Ein Hypothekenrecht in deutscher Sprache gibt auch Puchelt, Das französische Privilegien- und Hypothekenrecht (1876), wenn man die für Elsaß-Lothringen (von Dreyer) geschriebene Ergänzung hinzuzieht. Hier ist wenigstens die französische Gesetzgebung bis 1870 mit berücksichtigt. Im übrigen vgl. Mourlon, Examen critique et pratique du comm. de Troplong sur les privilèges et hyp. (1855); Thézard, Du nantissement, des priv. et hyp. (1880); De Loynes (Baudry-Lacantinerie etc.), Des privilèges et hypothèques, 3 Bde. (3. Aufl. 1906) u. die Kommentare zu den französischen Gesetzen v. 13. u. 19./20. Febr. 1889 usw. — Für Belgien s. Martou, Des priv. et hyp. und die Gesamtwerke von Arntz und Laurent. — Für Italien Chironi, Tr. dei privilegi, ipoteche e pegno, 2 Bde. — Für Spanien Galindo y de Vera, L. y. R. Escosura, Comentarios á la legislación hipotecaria de España (4. Aufl. aumentada y arreglada al código civil vigénte) u. Oliver y Esteller, Derecho immobilario español. — Barrachina y Pastor, Derecho hipotecario y notarial, 3 Bde. — Aragones y Carsi, Compendio de legislación hipotecaria, I, 1910.

IV. Familienrecht.

1. Die Ehe.

§ 22. Die Ehe ist heutzutage grundsätzlich auch in den romanischen Staaten säkularisiert, d. h. in Ansehung des Abschlusses und der bürgerlichen Wirkungen an die Erklärung des Konsenses der Parteien vor dem Zivilstandsbeamten geknüpft (Vertragscharakter der Zivilehe). Die Formalitäten und Gültigkeitserfordernisse sind vielfach durch neuere Gesetze geregelt [1], im ganzen aber ähnliche wie bei uns. Konsens der Ahnen ist vielfach bis zum 25. Lebensjahre erforderlich; darüber hinaus manchmal noch ehrerbietige Anfragen. Die Bedeutung des Verlöbnisses ist keine größere als bei uns.

Daß die kirchlichen Verpflichtungen der Eheschließenden durch diese Regelung nicht berührt werden, ist selbstverständlich. Nur in Spanien, wo durch die berühmte Cedula real vom 12. Juli 1564 die Beschlüsse des Tridentinum über die Ehe als bürgerliches Recht eingeführt wurden, hat man sich nach einigen Schwankungen auch in dem Zivilgesetzbuch von 1889 [2] zur Einführung der obligatorischen Zivilehe nicht entschließen können und kennt jetzt dort zwei Formen des Eheschlusses: neben der bürgerlichen die kanonische, von der alle Katholiken Gebrauch machen müssen, mit sämtlichen Formalitäten und Bedingungen des Tridentinum, soweit sie überhaupt in Spanien noch gelten (nur soll dem kirchlichen Eheschluß ein weltlicher Beamter beiwohnen, um den Akt in das Heiratsregister einzutragen; wird die Anzeige an die weltliche Behörde versäumt, so kann bei einer Geldstrafe die Eintragung auch noch nachträglich erreicht werden: doch datiert alsdann die Ehe mit bürgerlicher Wirkung erst von der Eintragung! Art. 42, 77). Im Anschluß hieran sei bemerkt, daß für die nach kanonischem Recht geschlossene Ehe auch die geistliche Gerichtsbarkeit noch fortbesteht (während die weltlichen Gerichte berufen sind, aus der Sentenz im Notfall die bürgerlichen Folgen zu ziehen, oder auch provisorische Maßregeln, z. B. über den Wohnort der Frau, die Unterbringung der Kinder usw. während des Eheprozesses zu treffen). Jede Diözese hat ihr geistliches Gericht; das höchste Gericht (tribunal de la Rota) unter Vorsitz des päpstlichen Nuntius erkennt über die Berufungen. Vgl. Art. 67, 80—82 C. c. esp. Daß grundsätzlich keine Scheidung dem Bande nach, sondern nur eine körperliche Trennung der Ehegatten (s. u.) anerkannt wird, versteht sich hierbei von selbst [3].

Trennende Ehehindernisse öffentlicher Ordnung sind regelmäßig mangelnde Reife des Alters (18/15, Spanien 14/12 Jahre); eine bestehende andere Ehe (in Spanien auch der katholische Priesterstand, während anderwärts diese Frage als politische behandelt wird); zu nahe Verwandtschaft oder Schwägerschaft (die Grade sind verschieden bestimmt, doch ist, abgesehen von Verwandten in gerader Linie und Geschwistern, meist Dispens zulässig). Die trotzdem geschlossene Ehe ist nichtig. Die Nichtigkeitserklärung kann von jedem Interessenten und nötigenfalls von der Behörde betrieben werden. — Im übrigen werden als trennende Ehehindernisse (imp. dirimentia privata) ziemlich allgemein (wenn auch unter gerichtlicher Latitude) Irrtum in der Person (auch des Zivilstandes) des anderen Ehegatten, und erzwungene

[1] Insbes. haben die franz. Gesetze v. 20. Juni 1896 u. 21. Juni 1907 die Eheschließungen erleichtert. Vgl. G. Michel, Le mariage des indigents (Economiste franç. v. 5. April 1890).

[2] Dasselbe gilt in dieser Materie ausschließlich.

[3] Übrigens mag nicht unerwähnt bleiben, daß das spanische Zivilgesetzbuch für den internationalen Verkehr den modernen Rechtsanschauungen in zwei Punkten Rechnung getragen hat. So ist

a) der Schlußsatz des Art. 3 CN. reproduziert, also auch die gesamte sich daran anschließende Jurisprudenz anerkannt. Für Spanier, die sich im Auslande verheiraten, wird danach die Fähigkeit zum Eheschluß nach spanischen Gesetzen, die Form nach dem Ort des Abschlusses der Ehe beurteilt. Erfolgt der Eheschluß vor einem im Ausland residierenden spanischen Vertreter oder Konsul, so ist die Form des spanischen Gesetzes zu beobachten. Art. 9, 11, 100 C. c. esp.

b) Entsprechend werden Ausländer in Spanien behandelt, müssen aber, wenn sie noch nicht zwei Jahre in Spanien wohnen, ein Attest der zuständigen Heimatsbehörde beibringen, daß durch ein öffentliches Aufgebot an den Orten, wo sie in den vorhergehenden zwei Jahren ihr Domizil oder ihren Aufenthaltsort hatten, keine Ehehindernisse konstatiert sind (mit Ausnahme für Heiraten in Todesgefahr).

Einwilligung angesehen. Ebenso mangelnder Konsens der Eltern, Großeltern oder des Familienrats, wo er erforderlich ist. Der Verletzte hat ein Anfechtungsrecht. — Immerhin bringt in allen diesen Fällen eine für nichtig erklärte Ehe als Putativehe die bekannten Wirkungen hervor.

Bloß aufschiebende Ehehindernisse sind besonders ein bestehendes Adoptivverhältnis; Ehebruch (zwischen dem deshalb geschiedenen Ehegatten und seinem Mitschuldigen); die frühere Ehe zwischen den Beteiligten, wenn eine spätere Ehe des einen oder anderen Teils mit einem Dritten geschieden ist (seit Wiedereinführung der Ehescheidung in Frankreich); für die Frau Ablauf von zehn Monaten seit Auflösung der früheren Ehe; Mangel der erforderlichen Ehrerbietigkeitsakte. Zum Teil ist Dispens zulässig. Die unter Nichtbeachtung des Ehehindernisses geschlossene Ehe ist (vorbehaltlich gewisser Straf- und Ersatzfolgen) gültig.

Die Ehehindernisse geben gewissen Personen ein ausführlich geregeltes Einspruchsrecht (opposition) gegen den Eheschluß.

§ 23. Das persönliche Verhältnis der Ehegatten ist in der allgemeinen modernen Weise bestimmt. Die Ehegatten sind einander zur ehelichen Treue und gegenseitigen Unterstützung und Hilfeleistung (auch in pekuniärer Beziehung) verpflichtet. Insbesondere hat die Frau ein Recht auf Schutz (Aufnahme und standesmäßigen Unterhalt), der Mann ein Recht auf Gehorsam (eheliche Folge der Frau). Ein besonderer Ausfluß der ehelichen Gewalt ist die geminderte Geschäftsfähigkeit der Frau: diese bedarf (wenn sie nicht Handelsfrau ist) zur Gültigkeit der von ihr vorzunehmenden Rechtshandlungen regelmäßig der ehemännlichen Autorisation (Art. 217 CN., 134 C. c. ital. etc.).

§ 24. Die Ehescheidung wird nicht mehr (wie nach dem CN.) aus übereinstimmendem Willen der Ehegatten, sondern nach dem französischen Gesetz v. 19. Juli 1884 nur noch aus bestimmtem Grunde (Ehebruch, Mißhandlung und Beleidigung, Verurteilung zu Leibes- und entehrenden Strafen) zugelassen. Einige Länder berücksichtigen den Ehebruch des Mannes nur in schwereren Fällen, z. B. in der gemeinschaftlichen Wohnung. Dies ist in Frankreich beseitigt. Umgekehrt ist die Praxis dort in Zulassung der Ehescheidung sehr lax, indem Beleidigung schon im Verlassen der ehelichen Wohnung und Weigerung dorthin zurückzukehren, in einer vom anderen Teil angestrengten Ehebruchsklage usw. gefunden wird. Da diese Dinge häufig nur in Scheidungsabsicht in Szene gesetzt werden, ist man hier tatsächlich zum System der freiwilligen Ehescheidung zurückgekehrt. Nur beruht sie zur Zeit mit auf dem freien Ermessen der Gerichte. — Dagegen gibt es in Italien und Spanien eine Trennung der Ehe dem Bande nach überhaupt noch immer nicht, sondern die anerkannten Scheidungsgründe geben nur ein Recht, die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft (Trennung von Tisch und Bett) zu verlangen, die übrigens auch in Frankreich neben der Ehescheidung vorkommt. Die körperliche Trennung hebt diejenigen Wirkungen der Ehe auf, die als Ausflüsse der Pflicht des Zusammenlebens erscheinen; nicht aber die Pflicht der ehelichen Treue (Ausschluß der Wiederverheiratung), der pekuniären Hilfe und die Notwendigkeit der ehemännlichen Autorisation für die Frau. Nach Ablauf von 3 Jahren muß in Frankreich auf Ansuchen eines Teils die Ehescheidung dem Bande nach ausgesprochen werden. Gesetze v. 6. Febr. 1893 u. 6. Juni 1908.

Im übrigen verliert der schuldige Teil im Gegensatz zum unschuldigen sämtliche Vorteile, die ihm von diesem (im Ehevertrag oder während der Ehe) zugewendet worden sind; er verliert die aus der elterlichen Gewalt entspringenden Rechte über die gemeinschaftlichen Kinder, wird aber letzteren gegenüber nicht von seinen Pflichten entbunden. In Regelung des Details hat das Gericht eine ausgedehnte diskretionäre Gewalt.

Coulon, Le divorce et la séparation de corps, 5 Bde. (1890—1897). — Laurent-Bailly, Le divorce et la séparation de corps en France et à l'étranger (1910).

§ 25. Das eheliche Güterrecht ist im CN., ähnlich wie bei uns, auf die im Lande herrschenden verschiedenen Strömungen zugeschnitten. Die hauptsächlichsten Gütersysteme sind kodifiziert, so insbesondere die allgemeine und partielle Gütergemeinschaft (als Errungenschafts- und Fahrnisgemeinschaft), nebst zahlreichen anderen die Gemeinschaft modifizierenden Klauseln (der Mobiliarisierung oder Immobiliarisierung von einzelnen Gütern; der Schuldensonderung; der schuldenfreien Zurücknahme des Eingebrachten

durch die Frau; der vertragsmäßigen Vorwegnahme einzelner Gegenstände; der ungleichen Teilung des Gemeinguts usw.). Daneben steht: Ausschluß der Gütergemeinschaft, als System der Verwaltungsgemeinschaft (Art. 1530 ff. CN.), und vollständige Gütertrennung, endlich das modifizierte römische Dotalrecht. Letzteres ist in den südlichen Ländern eine besonders häufige und beliebte Güterform. In Frankreich ist das gesetzliche Güterrecht die Fahrnisgemeinschaft, in Spanien die Errungenschaftsgemeinschaft, in Italien vollständige Gütertrennung; doch können überall die anderen Systeme nach Gefallen von den Ehegatten im Ehevertrage angenommen werden [1]. Übrigens dürfen die Ehegatten in diesem Vertrag auch andere Klauseln festsetzen, soweit solche nur nicht gesetzlich verboten sind oder gegen die guten Sitten verstoßen. Der Ehevertrag bedarf der öffentlichen Beurkundung und wird auch sonst mit besonderen Rechtsgarantien versehen. Eine Abänderung des ehelichen Güterrechts während der Ehe ist unzulässig (daher können Eheverträge nur vor Eingehung der Ehe geschlossen werden: nachher bewendet es bei dem einmal vorhandenen gesetzlichen oder vertragsmäßigen Güterstande). Art. 1394 ff. CN. Davon gibt es nur zwei Ausnahmen: wenn die Frau wegen Gefährdung ihres Vermögens durch den Mann in gerichtlichem Verfahren Gütertrennung erzwingt (Art. 1443 ff. CN.), und im Falle der Trennung der Ehegatten von Tisch und Bett, die kraft Gesetzes Gütertrennung herbeiführt (dieser Zustand bleibt auch im Falle der Wiederaussöhnung bestehen; es kann aber in besonders geregeltem Verfahren diese Vermögensfolge wieder aufgehoben werden).

Während das Verhältnis des gesetzlichen Güterrechts zu dem vertragsmäßigen im allgemeinen mit dem unsrigen übereinstimmt (Sache des Ehegatten oder dritten Interessenten ist es, das Vorliegen modifizierender Klauseln darzutun: was nur durch Fehlen eines Güterrechtsregisters für Nichtkaufleute erschwert wird), sind hier nur die beiden Hauptformen des gesetzlichen Güterrechts: die Fahrnisgemeinschaft und das Dotalrecht [2] in ihren Grundzügen herauszuheben (wobei wir bei der ersteren auch die hauptsächlichsten Klauseln einflechten).

1. Die gesetzliche Gütergemeinschaft in diesem Sinne besteht aus dem sämtlichen Mobiliarvermögen (auch Rechte), welches die Ehegatten bei Abschluß der Ehe besitzen oder in der Folge durch irgend einen Rechtstitel erwerben; aus den Einkünften dieses und des nicht zur Gütergemeinschaft gehörigen Vermögens; endlich aus allen während der Ehe in anderer Weise als durch Erbschaft oder Schenkung erworbenen Immobilien jedes Ehegatten (einschließlich der Immobiliarrechte). Übrigens kann in einzelnen Beziehungen eine Surrogation (also ohne Veränderung des rechtlichen Schicksals der Ersatzstücke) stattfinden. — Die Klauseln der allgemeinen Gütergemeinschaft und Mobiliarisierung von Grundstücken haben im wesentlichen nur den Sinn, den Bestand des gütergemeinschaftlichen Vermögens entsprechend zu vermehren; die Klauseln der Errungenschaftsgemeinschaft und der Immobiliarisierung einzelner Vermögensgegenstände umgekehrt den Sinn, den Bestand der Gütergemeinschaft gegenüber dem gesetzlichen Güterstande zu vermindern. Im übrigen kommen die Regeln des Gemeinschaftsrechts auch für diese Fälle zur Anwendung. — Was den Beweis anlangt, so spricht die gesetzliche Vermutung für Zugehörigkeit zur Gütergemeinschaft; freilich mit (den allgemeinen Vorschriften gegenüber) erleichtertem Gegenbeweise.

a) Die Verwaltung des Gesamtsguts (so groß es hiernach sein mag) steht dem Manne als Familienhaupt zu. Desgleichen hat er darüber freies Verfügungsrecht, abgesehen

[1] Vgl. Lecourtois et Surville, Tr. du contrat de mariage, 3 Bde. (3. Aufl. 1906).

[2] Die Verwaltungsgemeinschaft und vollständige Gütertrennung (Art. 1530 ff., 1536 ff. CN. entsprechen wesentlich den darüber geltenden deutschrechtlichen Regeln; nur daß das Erfordernis der ehemännlichen Autorisation (§ 23) für die der Frau vorbehaltenen Rechtsakte auch hier eingreift. Also auch die gütergetrennte Ehefrau kann über ihr Vermögen nicht ohne Zustimmung des Mannes verfügen (es sei denn über Mobilien im Rahmen einfacher Verwaltungshandlungen, vgl. Dalloz 1907, I, 14 und Note), und ebensowenig darüber allein Prozesse führen. Art. 215—217, 1449, 1538 CN. Dagegen kann die Frau nach dem französischen Gesetz v. 13. Juli 1907 auch beim Vorliegen dieser beiden Güterstände über ihren Arbeitsverdienst und das daraus erworbene Vermögen ganz frei (in der weiter im Text geschilderten Art) verfügen.

von Immobiliarschenkungen. Letztwillige Verfügungen werden einfach auf seinen Anteil vom Gesamtgute beschränkt. Vgl. Art. 1421 ff. CN. Gegen schlechte Verwaltung des Mannes ist die Frau hauptsächlich nur durch ihre gesetzliche Hypothek am Vermögen des Mannes (s. o. § 21) und durch die Möglichkeit gerichtlicher Aufhebung der Gemeinschaft (Gütertrennungsklage, s. o.), endlich durch das Recht der Ausschlagung der auseinandergesetzten Gemeinschaft (s. u. lit. c) geschützt. Ein eigenes Verfügungsrecht über die Masse gibt ihr der CN. nur in gewissen Notfällen unter gerichtlicher Zustimmung, oder als Handelsfrau (wo sie so anzusehen ist, als ob sie mit Autorisation des Mannes handelte). Art. 1426—27. Auch werden Schenkungen des Mannes aus dem Gesamtgut (s. o.) nach der Praxis durch Zustimmung der Frau vollwirksam. Dagegen hat ihr das Ges. v. 9. April 1881 (u. 20. Juli 1895 Art. 16) freies Verfügungsrecht über Sparkassenguthaben, und das wichtige Gesetz v. 13. Juli 1907 auch über ihren Arbeitsverdienst und das daraus gewonnene Vermögen eingeräumt. Hierdurch ist (in Anlehnung an die deutsche Gesetzgebung über diesen Gegenstand) ein vollständiges Vorbehaltsgut der Frau geschaffen, worüber sie frei (ohne ehemännliche Autorisation) verfügen kann. S. u. lit. b.

Gemeinschaftsschulden sind alle Schulden der Ehegatten, welche aus der Gütergemeinschaft beigetrieben werden können. Es sind entweder Schulden, die unmittelbar für die Gemeinschaft oder in ihrem Interesse eingegangen wurden, insbesondere die Unterhaltskosten der Aktiven und die Lasten der Ehe; oder rein persönliche Schulden des einen oder anderen Ehegatten (einschließlich der im Interesse seines Sonderguts aufgenommenen oder zu einer ihm ausschließlich zufallenden Erbschaft gehörigen Schulden), insofern sie indirekt der Gemeinschaft zur Last fallen. Die Größe des Gesamtguts ist auch hierfür gleichgültig. Also die Klausel allgemeiner Gütergemeinschaft und der Mobiliarisierung erstreckt nur, — die Klausel der Errungenschaftsgemeinschaft, der Immobiliarisierung und der sog. Schuldensonderung verengert nur den Kreis der der Gütergemeinschaft zur Last fallenden Verbindlichkeiten. (Dagegen hat die Klausel, wonach ein Ehegatte im Ehevertrag für schuldenfrei erklärt wird, keine Wirkung wider die Gläubiger, sondern erzeugt nur eine Ausgleichungspflicht unter den Ehegatten resp. eine Ersatzpflicht des Dritten, von welchem die Erklärung ausging. Art. 1513 CN.). — Bei der Schuldenhaftung ist davon auszugehen, daß zunächst jeder Ehegatte für die ihn treffenden (rechtsgültigen) Verbindlichkeiten seinen Gläubigern haftet. Soweit die Schuld aber auch der Gütergemeinschaft zur Last fällt, erlangt der betreffende Gläubiger dadurch ein Zugriffsrecht auf das Gemeinschaftsvermögen und (als Gläubiger der Frau) auch gegen den Mann als Herrn der Gütergemeinschaft resp. dessen eigenes Vermögen, wenigstens solange das Gemeinschaftsverhältnis besteht. Dabei bleiben die rein persönlichen, nur indirekt der Gütergemeinschaft zur Last fallenden Schulden entweder definitiv der Gütergemeinschaft zur Last oder sind späterhin (bei Auflösung des Verhältnisses) unter den Ehegatten zur Ausgleichung zu bringen. Die Haftung gegenüber den Gläubigern und die Beitragspflicht der Ehegatten untereinander zu den Gemeinschaftsschulden sind also wohl zu unterscheiden (vgl. Art. 1409 Ziff. 1—2, 1412, 1414, 1416, 1419, 1424, 1437 CN.). Umgekehrt kann auch die Masse einem Ehegatten Ersatz schulden, weil dieser eine der Gütergemeinschaft zur Last bleibende Schuld aus eigenen Mitteln getilgt hat (s. z. B. Art. 1409 Ziff. 3—5). Ebenso bei Bereicherung der Masse auf Kosten eines Ehegatten (z. B. im Falle Art. 1433, 1494 CN.).

Hiernach können u. a. die vorehelichen Schulden jedes Ehegatten aus der Gemeinschaft beigetrieben werden (soweit sie nicht auf einen individuellen Gegenstand gehen, der nicht zur Gemeinschaft gehört); und zwar Schulden der Frau auch gegen den Mann (qui femme épouse ses dettes épouse). Von den während der Ehe gemachten Schulden fallen diejenigen des Mannes ohne weiteres dem Gemeingute zur Last. Die Frau kann die Gemeinschaft nur belasten, wenn sie im Auftrage des Mannes handelt (was im Rahmen der sog. Schlüsselgewalt ohne weiteres anzunehmen ist); im übrigen nur unter seiner Autorisation (o. § 23) oder als Handelsfrau. Der zustimmende Mann haftet aus dem Geschäfte regelmäßig auch persönlich. Deliktsschulden der Frau verpflichten die Gemeinschaft nicht. (Vgl. Art. 1409 Ziff. 2, 1419 bis 20, 1426 CN.). — Auch in Ansehung der Schuldenhaftung hat aber das französische Ges. v. 13. Juli 1907 die Änderung gebracht, daß das durch Arbeit usw. erworbene Vorbehaltsgut der Frau, indem es der Verwaltung des Mannes überhaupt nicht untersteht, ein freies

Zugriffsobjekt für ihre Gläubiger bildet, während umgekehrt die Gläubiger des Mannes dieses Vermögen nicht angreifen können (außer wenn er im Interesse der gemeinsamen Wirtschaft handelte).

b) Hiernach sind fortan neben dem Gesamtgut zwei Arten von Sondergütern der Frau zu unterscheiden: die gewöhnlichen, nach Maßgabe der älteren Gesetzgebung, z. B. Immobilien der Frau. Diese verwaltet der Mann, ähnlich wie bei uns das sog. eingebrachte Gut der Frau, im wesentlichen nach vormundschaftlichen Grundsätzen. Insbesondere darf er auch die Immobilien nicht ohne Zustimmung der Frau veräußern. Im Gegensatz dazu steht das moderne, auf Arbeitserwerb usw. beruhende Vorbehaltsgut, das von der Frau durchaus allein, ohne das Bedürfnis ehemännlicher Autorisation verwaltet wird. Das Verfügungsrecht der Frau darüber ist sogar noch freier, als das des Mannes über sein eigenes außerhalb der Gütergemeinschaft stehendes Vermögen, weil die Frau nicht durch eine daran bestehende gesetzliche Hypothek behindert wird. Umgekehrt ist jegliche Verbindlichkeit der Frau ohne weiteres aus diesem Vermögen beitreibbar.

c) Aufgehoben wird die Gemeinschaft durch Tod oder Verschollenheit (Art. 124, 129 CN.) des einen Ehegatten, Scheidung der Ehe (auch bloß von Tisch und Bett) und die schon erwähnte (auf Ansuchen der Frau gerichtlich ausgesprochene) Gütertrennung. — Nach Aufhebung der Gütergemeinschaft haben die Frau bzw. deren Erben die Wahl, ob sie die Gemeinschaft, d. h. deren Folgen, annehmen oder ausschlagen wollen (Annahme wird auch in einer stillschweigenden Einmischung in die Gemeinschaftsangelegenheiten sowie in der Verheimlichung oder Unterschlagung von Gemeinschaftsobjekten gesehen). Die Ausschlagung bedarf besonderer Formen (ähnlich wie eine Erbschaftsausschlagung); nur in den Fällen der Scheidung, Sonderung von Tisch und Bett und der von der Frau durchgeführten Gütertrennungsklage wird nach Ablauf gewisser Fristen die Ausschlagung vermutet. Durch die Ausschlagung verliert die Frau jeden Anspruch auf das Gesamtgut (kann also nur ihr Sondergut und die ihr aus der Gemeinschaft gebührenden Vergütungen herausverlangen, wofür ihr auch das persönliche Vermögen des Mannes haftet). Anderseits ist sie von jedem Beitrag zu den Gemeinschaftsschulden frei und hat, wenn sie von den Gläubigern in Anspruch genommen wird, eine entsprechende Regreßforderung. Art. 1492 ff. CN. Daneben kann im Ehevertrag die schuldenfreie Zurücknahme des Eingebrachten festgesetzt sein, was die Rechte der Frau um die betreffenden Werte erhöht. Art. 1514.

Nimmt die Frau die Folgen der Gütergemeinschaft an, so findet eine Liquidation nach ähnlichen Regeln wie bei uns statt. Hier können die Klauseln des bedungenen Vorempfangs für einen Ehegatten (1515 ff.), der ungleichen Teilung des Gemeingutes (1520 ff.), oder daß die Masse gegen Zahlung eines Pauschquantums dem einen Ehegatten oder seinen Erben verbleiben (1522 ff.) oder diesen die Errungenschaft zufallen soll (1525), modifizierend eingreifen.

2. Der Grundgedanke des Dotalrechts ist Gütertrennung (das Vermögen der Frau ist Paraphernalgut), wobei aber die Frau gewisse Teile ihres Vermögens, oder ein Dritter für sie, gewisse Güter (als Dos) dem Manne zur Tragung der ehelichen Lasten zubringt. Das Detail ergibt sich aus dem römischen Recht. Doch bleibt die Frau Eigentümerin der Dotalsachen; der Mann hat während der Ehe allein die Verwaltung und Nutznießung. Anders nur, wenn die Sachen verkauft werden oder die Dos in vertretbaren Sachen besteht. Dotalgrundstücke und nach verbreiteter Auffassung auch das bewegliche Dotalkapital sind, vorbehaltlich besonderer Festsetzung im Ehevertrage, unveräußerlich (Art. 1554 ff. CN.); im übrigen wird das Interesse der Frau an ordnungsmäßiger Verwaltung der Dotalgüter und Verwendung der Einkünfte im Interesse der Familie durch ihr gesetzliches Pfandrecht am Vermögen des Mannes und ihr eventuelles Recht, auf vollständige Gütertrennung zu klagen, gedeckt. S. Art. 1549 ff., 1562, 1563 CN. Ohne Bestellung gibt es keine Dos (die gesetzliche Vermutung ist also gegen die letztere). Auch eine Dotationspflicht bestimmter Personen existiert nicht. — Da für das Paraphernalgut der Frau die Regeln der Gütertrennung gelten, so hat die Frau das Recht der Verwaltung, nicht aber das der freien Verfügung über dasselbe ohne Zustimmung des Mannes. Vgl. Art. 1576 CN. u. oben Note 2. Anders auch hier bei dem aus Arbeitsverdienst erworbenen Vermögen. Ges. v. 13. Juli 1907.

2. Verwandtschaft.

§ 26. Über eheliche Kinder steht den Eltern (nicht bloß dem Vater) die Gewalt zu, wenn selbstverständlich auch der Vater diese Gewalt vorwiegend während der Ehe (und als unverzichtbares Recht) ausübt. Ist aber der Vater verstorben, entmündigt oder nicht imstande, die elterliche Gewalt auszuüben, so gebührt die Ausübung der Frau. Der Inhalt der elterlichen Rechte entspricht im wesentlichen dem heutigen deutschen Recht. Erwiesen wird die eheliche Kindschaft durch die Urkunden des Personenstandes, eventuell durch sog. Besitz des Standes (nomen, tractatus, fama) und durch Zeugen. Die elterliche Gewalt dauert bis zur Volljährigkeit des Kindes (die Pietäts- und Alimentationspflichten bestehen noch weiter fort). Die Gewalt kann aber auch vorzeitig durch Emanzipation (s. u. § 30) beendigt werden. Nach neueren Gesetzen geht sie unter Umständen zur Strafe (wegen schlechten Lebenswandels oder gewisser gegen das Kind begangener Verbrechen) verloren. In vermögensrechtlicher Beziehung führt die elterliche Gewalt das Recht der Verwaltung und Nutznießung des Kindesvermögens mit sich, die Nutznießung jedoch nur bis zum 18. Lebensjahre des Kindes. Art. 384 CN. Durch französ. Ges. v. 6. April 1910 ist die elterliche Vermögensverwaltung in ähnlicher Weise wie bei uns geregelt und in Ansehung der wichtigeren Akte an gerichtliche Zustimmung gebunden. Von der Verwaltung ausgenommen ist das sog. freie Vermögen des Kindes (Arbeitsverdienst, und was dem Kinde von Dritten unentgeltlich unter Befreiung von den elterlichen Rechten zugewendet wird). Die überlebende Mutter verliert den Nießbrauch mit der Wiederverheiratung.

§ 27. Die Rechte der unehelichen Kinder beruhen auf der Anerkennung des Kindes durch den natürlichen Vater oder die Mutter. Auch gegenüber der Mutter! Denn die Geburtsurkunde allein ist kein genügender Titel für die Kindschaft. Art. 319 CN. verweist auf die Geburtsurkunde in diesem Sinn nur bei den ehelichen, nicht bei den unehelichen Kindern. Darin liegt tiefe Lebensweisheit. Die uneheliche Geburt wird meist verschleiert, den Namen der Mutter ergibt die Geburtsurkunde nicht mit Sicherheit. Eine wahre Angabe mit Aufgebot des Staatszwangs (Urkundenfälschung, Unterdrückung des Personenstandes usw.!) in dieser Hinsicht durchzusetzen, erscheint untunlich, würde zum Kindsmord anreizen. Jeder Elternteil kann die Anerkennung für sich (in öffentlicher Urkunde) vornehmen (Art. 334 ff. CN.). Das Kind resp. sein gesetzlicher Vertreter kann auch die Anerkennung gegen die Mutter erzwingen. Gegen den Vater ist sie dagegen nach dem CN. nicht durchzusetzen (la recherche de la paternité est interdite), außer bei gewaltsamer Entführung, wenn deren Zeitpunkt mit der Empfängnis übereinstimmt. Weitergehend, aus sozialen Gründen neuestens, nach dem Vorgang Belgiens, das französische Gesetz v. 16. Nov. 1912, zugleich mit strengen Strafen gegen böswillige Prozeßeinleitung.

Das anerkannte Kind hat gegen den betreffenden Elternteil die Rechte der unehelichen Kinder (vgl. z. B. Art. 158, 338, 383, 756 ff., 908 CN.). Der anerkennende Vater hat nicht bloß die karge Alimentationspflicht des heutigen deutschen Rechts, wenn anderseits auch nicht die präponderierende Stellung des Ehemannes bei ehelichen Kindern. Dagegen fehlen meistens die vermögensrechtlichen Folgen der elterlichen Gewalt (den Kindern ist ein Vormund zu bestellen), und haben die Eltern keine Nutznießung am Vermögen der Kinder (zu Vormündern können sie gegebenenfalls bestellt werden). Doch hat das französische Gesetz v. 2. Juli 1907 auch diese Beschränkungen beseitigt und den (anerkennenden) natürlichen Eltern die elterliche Gewalt und Nutznießung am Vermögen des Kindes gegeben. Nur die Vermögensverwaltung steht unter den Beschränkungen einer gesetzlichen Vormundschaft.

Eine Legitimation unehelicher Kinder (also die Erhebung zu ehelichen) ist durch Eheschluß der Eltern (per subsequens matrimonium) und nach den Gesetzen einiger Staaten auch durch staatliche Verleihung (per rescriptum) möglich. Voraussetzung ist überall die vorherige Anerkennung des Kindes (s. o.).

In Ehebruch und Blutschande erzeugte Kinder (adulterini, incestuosi) können nicht anerkannt, folglich auch nicht legitimiert werden. Sie haben nur beschränkte Rechte (auf Unterhalt). Art. 762 ff. CN. Hier wird die äußere Moral auf Kosten der inneren bevorzugt. Dagegen ist die Legitimation für zulässig erachtet, wenn das Ehehindernis zu naher Verwandt-

schaft nachträglich durch Dispens behoben ist und daraufhin die Ehe geschlossen wurde (Dalloz 1867, I, 5; 1874, I, 216). Endlich hat das französische Gesetz v. 7. Nov. 1907 auch die Legitimation der im Ehebruch erzeugten Kinder gestattet, sofern es zwischen dem wegen Ehebruchs geschiedenen usw. Ehegatten und seinem Mitschuldigen nachträglich zu einer gültigen Ehe kommt. (Formelle Anerkennung des Kindes zu dieser Zeit ist auch hier vorauszusetzen.)

§ 28. Die Adoption (Art. 343 ff. CN.) hält sich in ähnlichen Schranken wie bei uns; insbesondere muß der Adoptierende ein gewisses höheres Alter und keine legitimen Deszendenten haben. Die Adoption ist ein Vertrag der beiden Beteiligten, setzt Bestätigung des zuständigen Gerichts und Eintragung in das Zivilstandsregister voraus. Der verheiratete Adoptant bedarf der Zustimmung seines Ehegatten. Zwei Ehegatten können zusammen adoptieren; abgesehen davon ist eine Adoption durch mehrere Personen unstatthaft. — Teilweise erleichtert ist die Kindesannahme zum Dank für Lebensrettung und auf Grund eines vorhergegangenen pflegeelterlichen Verhältnisses (letzteres wird vom CN. Art. 361 ff. als Vorstufe der Adoption betrachtet, hat sich aber kaum eingebürgert).

Die Adoption gibt dem Adoptierten den Namen des Adoptivvaters, schafft Ehehindernisse und gegenseitige Alimentationsansprüche zwischen den Beteiligten und erzeugt für den Adoptierten das Erbrecht eines leiblichen Kindes gegenüber dem Adoptivvater (nicht gegenüber dessen Familie). Die Beziehungen des Adoptierten zu seiner eigenen Familie bleiben unberührt. Die Wirkungen der Adoption sind unwiderruflich.

3. Vormundschaft, Pflegschaft, Beistandschaft.

§ 29. Die Gründe der Vormundschaft usw. sind in der Hauptsache den unsern gleich. S. jedoch u. §§ 30 u. 31. Die Obervormundschaft wird vom Familienrat geführt. Bei der Altersvormundschaft gibt es auch noch gesetzliche Vormünder. Insbesondere ist dies der überlebende Elternteil (Art. 389 ff. CN.), dem auch die Befugnis zusteht, testamentarisch einen Vormund zu bestellen. Ernennung von Vormündern durch den Familienrat (tutela dativa) tritt also nur in den übrigen Fällen ein. In der Regel ist nur ein Vormund berufen oder zu bestellen. Nur in besonderen Fällen wird ein Protutor ernannt und der Muttervormünderin in der Person ihres Mannes ein Mitvormund gegeben. Auch kann der Vater der Muttervormünderin einen Rat zur Vormundschaft beigeben. Gegenvormünder (subrogé tuteur) und tutores ad hoc kommen nach ähnlichen Grundsätzen wie bei uns vor.

Auch die Stellung und rechtlichen Befugnisse des Vormunds usw. sind im allgemeinen den unsern ähnlich. Insbesondere ist der Vormund für alle Angelegenheiten einer Person, der Pfleger grundsätzlich nur für einzelne Angelegenheiten bestimmt. In diesem Umkreis vertritt aber der eine wie der andere den Mündel resp. die seiner Obhut zugewiesenen Interessen und untersteht namentlich in vermögensrechtlicher Beziehung der Kontrolle des Familienrats. Für gewisse Rechtsakte bedarf es dessen Genehmigung, für andere der gerichtlichen Homologation oder sonstiger Förmlichkeiten. S. bes. wegen der Veräußerung von Wertgegenständen das franz. Ges. v. 27. Febr. 1880. Die Haftung beschränkt sich im allgemeinen auf Sorgfalt wie in eigenen Angelegenheiten und beginnt bei gesetzlichen Vormündern mit Kenntnis von der Berufung.

§ 30. Abgesehen von den gewöhnlichen Endigungsgründen erlischt die Altersvormundschaft auch durch Emanzipation (s. schon o. § 26). Diese ist ein freiwilliger Akt des Gewalthabers; doch tritt die Emanzipation von Rechts wegen auch mit Verheiratung des Mündels ein (Art. 476, 477 ff. CN.). Der emanzipierte Minderjährige wird nur in beschränktem Umfange geschäftsfähig: er kann gewisse Rechtshandlungen allein vornehmen; bei anderen wichtigeren ist er an den Beitritt eines ihm zu diesem Zweck von dem Familienrate zu bestellenden Pflegers gebunden (cf. § 31); für wieder andere bedarf es der Bestätigung des Familienrats oder besonderer Formen.

§ 31. Verschwender und Geistesschwache kommen nicht unter Vormundschaft, sondern 'erhalten gegebenenfalls bloß einen Beistand zugewiesen, der ihnen (ähnlich wie

der curator emancipati) bei gewissen wichtigeren Geschäften zu assistieren hat (Art. 499, 513 ff. CN.). Eine sehr weise Vorschrift, welche gegen die Unterdrückung der persönlichen Freiheit durch Machinationen mißgünstiger Familienglieder gerichtet ist! Über das Vorliegen von Geistesschwäche und Verschwendung kann man sehr verschiedener Meinung sein, und die Unbestechlichkeit unseres Richterstandes schützt hier nicht immer vor Fehlgriffen. Auch genügt es, den Schwächling in Vornahme der wichtigeren Geschäfte zu beschränken, während er z. B. für seine Lebensnotdurft ganz gut selbst sorgen kann. Auch bei den der Assistenz des Beistandes bedürftigen Akten wird das eigene Handeln nicht aufgehoben. Die Zustimmung des Beistandes ist nur Gültigkeitserfordernis des Akts.

V. Erbrecht.

§ 32. Die Erbschaft geht von Rechts wegen auf den berufenen Erben über (le mort saisit le vif), vorbehaltlich der Befugnis, sie binnen gewisser Frist formell auszuschlagen. Die Annahme kann formlos geschehen. Eine Annahme sub beneficio inventarii erfolgt und wirkt in der Art wie nach römischem Recht. Entsprechend können die Erbschaftsgläubiger gegen den überschuldeten Erben das beneficium separationis erwirken. Art. 724, 774, 784 ff., 793 ff., 878 ff., 2111 CN. Die gesetzliche Erbfolge steht, wenigstens in Frankreich, im Vordergrunde, so daß die testamentarischen Zuwendungen sie nur einschränken, während das Pflichtteilsrecht unter dem Gesichtspunkt erscheint, wie weit man über seinen Nachlaß letztwillig zum Vorteil Dritter verfügen kann (disponible Quote). Erbverträge sind, abgesehen von der elterlichen Vermögensverteilung (Art. 1075 ff.) und Verfügungen im Ehevertrage (Art. 1082 ff. CN.), unzulässig.

§ 33. Die gesetzliche Erbfolgeordnung beruht auf der vom CN. getroffenen Unterscheidung der eigentlichen Erben und Erbfolger. Art. 723 ff. Auf die ersteren devolviert der Nachlaß ohne weiteres; sie haben die Erbschaftsgewere (saisine) und haften für die Schulden des Erblassers wie dieser selbst. Die letzteren erlangen das ihnen Gebührende zwar auch von Rechts wegen zu Eigentum (s. o.), müssen sich aber erst in den Besitz einweisen lassen und haften nach der Praxis nicht über den Belauf des selbst Empfangenen für die Schulden des Nachlasses.

1. Als Erben in diesem Sinne sind berufen

a) die ehelichen Blutsverwandten des Erblassers, also in erster Linie seine Kinder und weitere Abkömmlinge (nach Köpfen resp. Stämmen und mit Repräsentationsrecht in infinitum). Adoptiv- und legitimierte Kinder kommen nach den darüber aufgestellten Grundsätzen wie eheliche in Betracht.

In Ermangelung von Deszendenten sind Vater, Mutter und Geschwister des Verstorbenen nebst deren Abkömmlingen berufen (mit Repräsentationsrecht in infinitum). Und zwar erhält jeder Elternteil ein Viertel des Nachlasses; in den Rest sukzedieren die Geschwister und deren Abkömmlinge nach Köpfen resp. Stämmen. — In dieser Klasse werden auch halbbürtige Geschwister und deren Abkömmlinge berücksichtigt, erhalten jedoch kleinere Erbquoten. Für die halbbürtigen Geschwister wie für die weiter folgenden Verwandtenklassen (s. u.) wird nämlich der Nachlaß (ohne Berücksichtigung der Herkunft der einzelnen Güter) in zwei Hälften geteilt, wovon die eine den Verwandten väterlicher, die andere den Verwandten mütterlicher Linie zufällt, so daß von nun an beide Seiten unabhängig voneinander sukzedieren, bis auf der einen Seite keine erbfähigen Verwandten mehr vorhanden sind. Dann fällt die betreffende Hälfte den Verwandten der anderen Linie zu. Dieses Prinzip (der Linealteilung) tritt nun schon in der zweiten Klasse dann ein, wenn nur halbbürtige Geschwister resp. deren Abkömmlinge vorhanden sind (dann erben die consanguinei nur in der väterlichen, die uterini in der mütterlichen Linie). Konkurrieren dagegen vollbürtige Geschwister resp. deren Abkömmlinge mit halbbürtigen, so erben die vollbürtigen in beiden Linien (da sie zu beiden gehören), die halbbürtigen nur in ihrer Linie. Art. 732, 748—752 CN.

Die dritte Klasse bilden die Aszendenten des Verstorbenen (nicht auch deren Abkömmlinge). Dieselben erben nach Gradesnähe, aber (s. o.) nur in ihrer Linie, bis in der anderen Linie niemand mehr vorhanden ist. Art. 746, 753 CN. Ein eigentümliches Rückfallsrecht statuiert Art. 747, zugunsten des Adoptierenden auch Art. 351, 352 CN.

In Ermangelung von Aszendenten erben die übrigen Seitenverwandten (bis zum 12. Grad höchstens) nach Gradesnähe, ohne Repräsentation, und zwar zunächst in ihrer Linie, bis in der anderen kein erbfähiger Verwandter mehr vorhanden ist.

b) Als Erben sind nach dem französ. Ges. v. 25. März 1896 (Art. 756 ff. CN., s. auch Art. 743 ff. C. c. ital.) neben den ehelichen auch die unehelichen Kinder des Erblassers berufen, vorausgesetzt daß sie von diesem in gehöriger Art anerkannt sind (s. o.). Anders nur bei adulterini und incestuosi, für die es auch das Ges. v. 1896 bei einem bloßen Unterhaltsanspruche beläßt. Die unehelichen Kinder erhalten je nach der Art der konkurrierenden ehelichen Blutsverwandten (Kinder, Aszendenten, Geschwister oder deren Abkömmlinge) eine verschieden abgestufte Quote dessen, was sie als eheliche Kinder erhalten würden, neben entfernteren Verwandten das Ganze. Beim Vorableben eines unehelichen Kindes treten dessen Abkömmlinge an seine Stelle. — Zur Erbfolge in den Nachlaß eines natürlichen Kindes können in Ermangelung von Deszendenten aller Art auch dessen Vater oder Mutter (unter Voraussetzung gehöriger Anerkennung), und in letzter Linie

2. als Erbfolger (s. o.) dessen natürliche Geschwister gelangen. Art. 766. Dagegen haben die legitimen Geschwister bloß ein Rückfallsrecht an den von den Eltern herrührenden Gegenständen.

Lediglich als Erbfolger (also ohne saisine) erhält nach dem französ. Ges. v. 9. März 1891 auch der überlebende Ehegatte des Erblassers dessen Nachlaß; aber nur, wenn keine erbfähigen Verwandten oder natürliche Kinder vorhanden, und selbstverständlich die Ehe nicht geschieden ist. Neben erbfähigen Verwandten oder natürlichen Kindern erhält der überlebende Ehegatte dagegen nur den Nießbrauch an einer entsprechend abgestuften Quote des Nachlasses, muß sich aber die vom Erblasser empfangenen Liberalitäten darauf anrechnen lassen. Anderwärts (z. B. in Italien) wird der überlebende Ehegatte auch neben den Verwandten wirklicher Erbe. Vgl. Art. 753 ff. C. c. it.

In letzter Linie erhält den (vakanten) Nachlaß der Staat.

Vgl. Wahl (Baudry-Lacantinerie), Tr. des successions, 3 Bde. (3. Aufl. 1905).

§ 34. Die Fähigkeit, ein Testament zu machen und durch ein solches zu erwerben, die ordentlichen Testamentsformen usw. entsprechen im ganzen unserem neuesten Recht (nur daß statt des Gerichtes regelmäßig der Notar fungiert). Das ehemalige Verbot (Art. 908 CN.), den natürlichen Kindern durch Testament mehr zuzuwenden, als sie ab intestato erhalten würden, ist trotz ihrer Besserstellung im gesetzlichen Erbrecht (s. o.) durch das franz. Ges. v. 25. März 1896 ganz fallen gelassen [1]. Nur der Vorbehalt der nächsten ehelichen Verwandten (u. § 35), z. B. Eltern, darf nicht verletzt, und in Konkurrenz mit legitimen Kindern des Erblassers dem unehelichen Kinde nicht mehr zugewendet werden, als der Anteil des mindestbedachten ehelichen an der Erbschaft beträgt.

Vulgarsubstitutionen sind erlaubt. Eine fideikommissarische Substitution dagegen ist, abgesehen von dem beschränkten Falle des Art. 1048 ff. CN. (für Enkel und Neffen des Testators) unzulässig. Eine längere Bindung von Vermögensstücken in der Hand des Empfängers ist (aus ähnlichen Gründen wie o. § 20 i. f.) verboten.

Die testamentarischen Zuwendungen haben nach dem CN. nur den Charakter von Vermächtnissen, d. h. das Zugewendete fällt dem Bedachten mit dem Erbfall nicht von Rechts wegen zu, sondern er muß sich (vorbehaltlich eines einzigen Falles in Art. 1006 CN.) in den Besitz einweisen lassen. Andere Staaten (z. B. Italien) haben die Einsetzung teilweise zu einer Erbeinsetzung gestaltet. Die Zuwendung ist entweder eine solche des ganzen Nachlasses (Universallegat) oder einer Quote (Legat unter Universaltitel) oder einzelner Erbstücke (Partikularlegat). Die Notwendigkeit der Einweisung (wo

[1] Nur für Schenkungen bleibt es nach diesem Gesetz beim Alten.

sie besteht) schließt den dinglichen Rechtserwerb des Bedachten nicht aus (die Einweisung bezieht sich nur auf den Besitz). Belastet sind die Erben resp. universell Bedachten (nach der Regel: species derogat generi), also nicht die Erbstücknehmer. Die universell Bedachten haben auch mit den gesetzlichen Erben nach Verhältnis ihres Vorteils aus der Erbschaft zu den Schulden des Nachlasses beizutragen (vgl. Art. 871, 873, 875 ff., 1009, 1012 CN.), die Erbstücknehmer nicht. Muß jemand den Gläubigern (z. B. auf Grund einer hypothekarischen Klage) mehr zahlen, als er beitragspflichtig ist, so findet Ausgleichung statt.

§ 35. Die freigebigen Verfügungen des Erblassers dürfen den gesetzlichen Vorbehalt (réserve) der nächsten Verwandten nicht beeinträchtigen. Vorbehalten wird eine Quote des Nachlasses: der Rest ist disponibel. Vorbehaltserben sind die Deszendenten und Aszendenten des Erblassers; zum Teil auch die unehelichen Kinder und der überlebende Ehegatte. Die Höhe des Vorbehalts wird, nach Art und Zahl der vorhandenen Vorbehaltserben, in den Gesetzgebungen verschieden bestimmt (bald beträgt er die Hälfte des Nachlasses, bald mehr oder weniger). Der Vorbehalt berechnet sich von der Gesamtmasse und kann von den Berechtigten in natura beansprucht werden (letztere haben in Ansehung des Vorbehaltes ein potenziertes Erbrecht). Hat der Erblasser in seinen Verfügungen den disponiblen Teil des Nachlasses überschritten, so findet auf Verlangen der Berechtigten eine verhältnismäßige Reduktion aller letztwilligen Zuwendungen statt, soweit nicht der Erblasser Bevorzugungen ausgesprochen hat. Schenkungen unter Lebenden müssen, abgesehen von den gewöhnlichen Kollationsgrundsätzen, ähnlich wie bei uns dem Vorbehaltsrecht weichen, wobei regelmäßig die jüngere Schenkung vor der älteren eingezogen wird. Soweit der Beschenkte den Gegenstand nicht mehr besitzt, hat er den Wert zu restituieren: eventuell geht der Rückforderungsanspruch sogar gegen den Drittbesitzer (vgl. Art. 929 CN.).

§ 36. Die Erbteilung geschieht nach römischer Art (mangels Vereinbarung) durch Teilungsklage. Nomina hereditaria ipso iure inter heredes divisa sunt. Übrigens soll die Teilung deklarativ (nicht konstitutiv) wirken. Eine Gewährleistung für die zugeteilten Gegenstände wird dadurch nicht ausgeschlossen. Bei der Teilung sind nicht bloß die Werte, die ein Miterbe durch Freigebigkeit des Erblassers unter Lebenden empfangen hat, zur Ausgleichung zu bringen, falls nicht ein anderer Wille des Erblassers erhellt[1], sondern auch die Schulden jedes Teilhabers zur Masse, z. B. aus Darlehen oder anderen Verträgen, Delikt usw., so daß die Miterben für diese Posten den anderen Gläubigern des betr. Teilhabers vorgehen (sog. Kollation von Schulden). Art. 829 CN. — Testamentsvollstreckung und ein gesetzliches Vorkaufsrecht der Miterben bei Veräußerung von Erbquoten (Art. 841, 1025 ff. CN.) kommen ähnlich wie bei uns vor.

Hand in Hand mit unsern sozialen Einrichtungen im Interesse der Landwirtschaft (Anerbenrecht usw.), gehen in neuester Zeit gesetzliche Bestimmungen in Frankreich, welche nicht bloß für Bauergüter, sondern für alle kleineren Besitzungen des Arbeiterstandes die Gründung einer Familienheimstätte — durch Herbeiführung der Unteilbarkeit und Unpfändbarkeit des Gutes seitens der Gläubiger — ermöglichen. Vgl. hierüber die Gesetze v. 30. Nov. 1894, 12. April 1906 und das wichtige Ges. v. 12. Juli 1909 über die Biens de famille insaisissables et indivisibles (Maximum 8,000 Franks)[2].

[1] Die unglückliche Bestimmung des CN., daß auch Vermächtnisse der Ausgleichung unterliegen, ist durch das franz. Ges. v. 24. März 1898 beseitigt. Les legs faits à un héritier sont réputés faits par préciput et hors part. Ähnlich Art. 1001 ff. C. c. ital.

[2] Vgl. L. Donnat s. v. Homestead im Nouv. Dictionnaire d'économie politique v. Léon Say & Chailley; Souchon La propriété paysanne (1899); R. Pétiet Le foyer stable ou bien de famille insaisissable (1901); G. Pougny Le bien de famille en France (1906); C. Guillard Man. populaire et pratique pour constituer un bien de famille insaisissable et indivisible (loi du 12. juill. 1909). 1911. — Da die Beschlagnahme einer part indivise des Grundstücks durch die Gläubiger unzulässig ist (Art. 2205 CN.), so stehen Unteilbarkeit und Unbeschlagbarkeit in unmittelbarer Verbindung.

5.

Das Urheberrecht.

Von

Professor Dr. Albert Osterrieth
in Berlin.

Inhaltsübersicht.

Einleitung.

I. Das Gebiet des Urheberrechts.

Der Ausdruck „Urheberrecht" wird in unserer Gesetzgebung verwendet, um die Summe derjenigen Rechte zu bezeichnen, welche den Urhebern von Schriftwerken, Tonwerken, Werken der bildenden Künste und von verwandten Werken gewährt werden.

Daneben wird — allerdings nicht ohne Widerspruch — der Begriff des Urheberrechts in der Rechtslehre erstreckt auf die Rechte, die den Urhebern technischer Erfindungen zustehen.

Dieser weitere Rechtsbegriff umgrenzt das in diesem Abschnitt zu erörternde Rechtsgebiet.

Es umfaßt demgemäß:

einerseits das Recht an Schriftwerken, Tonwerken und Werken der bildenden Künste sowie das Geschmacksmusterrecht;

andererseits das Erfindungsrecht — Patent- und Gebrauchsmusterrecht —.

Erstere Gruppe stellt das geistige, letztere das gewerbliche Urheberrecht dar.

Das gewerbliche Urheberrecht — Erfindungs- und Gebrauchsmusterrecht — wird mit dem Warenzeichenrecht, dem Recht der Individualbezeichnungen (Namens- und Firmenrecht) und dem Recht der Bekämpfung des Unlauteren Wettbewerbs unter den Begriff des gewerblichen Rechtsschutzes zusammengefaßt. Das diese Rechtsgebiete Verbindende liegt in dem gemeinsamen Zweck, das Gewerbe gegen die Störungen und Schädigungen zu schützen, die durch widerrechtliche oder unlautere Handlungen verursacht werden.

Die Zusammenfassung des geistigen und des gewerblichen Urheberrechts zu einem einheitlichen Rechtsbegriff wird durch die Gleichheit des Zwecks und des Wesens der einzelnen Rechte gerechtfertigt.

Gemeinsam ist beiden:

1. die Rückführung des Rechtes auf eine menschliche Geistesschöpfung;
2. der immaterielle Charakter des Werkes, dessen wirkliches Dasein von seinen einzelnen Verkörperungen unabhängig ist;
3. die konkrete Eigenart, die Isolierbarkeit des Werkes und die Ablösbarkeit des Gegenstandes von der Person des Schöpfers;
4. die Gewährung eines ausschließlichen Rechtes wirtschaftlicher Nutzung an dieser Schöpfung;
5. die Übertragbarkeit des Rechtes;
6. die zeitliche Beschränkung des Rechtes.

Durch die Urheberschaft entstehen ferner persönliche Beziehungen des Urhebers zu seiner Schöpfung.

Der an der Person des Schöpfers haftende Schutz dieser Beziehungen fällt streng genommen nicht unter den Begriff des Urheberrechts, der dieser Darlegung zugrunde liegt. Er wird aber infolge des Ineinandergreifens der urheberrechtlichen und persönlichkeitsrechtlichen Vorschriften auch zu berücksichtigen sein.

Die Verschiedenheiten des geistigen und des gewerblichen Urheberrechts ergeben sich aus den Besonderheiten der Gegenstände des Rechtes:

Bei dem geistigen Urheberrecht handelt es sich um Schöpfungen, die ihre konkrete Eigenart durch die dem Werke aufgeprägte Individualität des Schöpfers gewinnen, und die sich Selbstzweck sind, d. h. die keinem anderen Zwecke dienen, als dem, die Persönlichkeit des Schöpfers zu offenbaren.

Bei dem gewerblichen Urheberrecht um Schöpfungen, deren Eigenart durch den neutralen Zweckgedanken bestimmt ist, durch einen Zweck, der sich in Beziehungen zur Außenwelt verwirklicht.

Der Gegenstand des Urheberrechts, das Geisteswerk, kann in seiner Eigenart grundsätzlich nur die Schöpfung eines Einzigen sein; der Gegenstand des gewerblichen Urheberrechts, die Erfindung, kann unabhängig von mehreren Personen geschaffen werden. Der unpersönliche Charakter der Erfindung bringt die Notwendigkeit mit sich, das Recht an der Schöpfung mit künstlichen Merkmalen des Eigenbesitzes auszustatten. Daher ist das gewerbliche Urheberrecht in seiner vollen Entfaltung als ein Formalrecht ausgebildet, welches das ihm zugrunde liegende materielle Recht überdeckt, verstärkt und zum Teil auch aufsaugt.

Das geistige Urheberrecht ist als formloses Recht ausgebildet, mit Ausnahme des Musterrechts, dessen Formalcharakter im wesentlichen auf historischen Gründen beruht.

Demgemäß steht das Geschmacksmusterrecht an der Grenze beider Gruppen. Seinem Wesen nach gehört es in das geistige Urheberrecht, seinem Formalcharakter nach in das gewerbliche.

Neben dem Ausdruck „Urheberrecht" wird gelegentlich auch der Ausdruck „Eigentum" gebraucht: Geistiges Eigentum — gewerbliches Eigentum. (Über die Berechtigung dieser Bezeichnung siehe unten S. 386.)

II. Rechtspolitische Zwecke.

Die gesamte schöpferische Tätigkeit des Menschen, des ζῶον πολιτικόν, drängt nach Mitteilung, nach Verbreitung.

Diese vollzieht sich in gewerblicher Weise (durch Verlag, Aufführung, industrielle Ausführung usw.). Die geistige Schöpfung wird dadurch zu einem Gegenstand wirtschaftlicher Verwertung, zu einem Gut.

Im Interesse der Förderung des geistigen Schaffens — auf allen Gebieten —, im Interesse der Verbreitung und der Nutzung geistiger Schöpfungen durch die Allgemeinheit, im Interesse der Erhaltung der Gewerbe, die mit der Verbreitung und Nutzung geistiger Schöpfungen befaßt sind, bedarf es einer Ordnung der gewerblichen Verwertung dieser Schöpfungen, und zwar der — wenn auch zeitlich beschränkten — Gewährung der ausschließlichen wirtschaftlichen Nutzung an die Schöpfer dieser Werke. Eine lange und opferreiche Erfahrung hat gelehrt, daß ein Verlagswesen sich nicht entwickeln oder erhalten kann, wenn der Nachdruck gestattet wird, daß die Industrie nicht bestehen kann, wenn neue technische Ideen, bevor sie ausgereift und dem allgemeinen Schatz der Technik zugeführt sind, der freien Nutzung preisgegeben werden. —

Will man das geistige Schaffen fördern, muß man dem Schöpfer auch den Lohn seiner Arbeit gewähren, ihm das ausschließliche Recht geben, die Früchte seines Schaffens zu ernten.

Aus der Hand des Urhebers kann der Gegenstand mit dem daran haftenden Schutz auf andere übergehen.

Was bei dem Urheber zurückbleibt, ist nur der Zustand der Urheber- oder Erfinderschaft, das geistige Band, das ihn unzerstörbar mit dem in fremde Hände gegebenen Gut verknüpft. Die Achtung vor der Erfinderschaft gebietet auch die Anerkennung und Schutz dieses geistigen Bandes (Urheberschutz — sog. Erfinderehre).

Der im Urheberrecht liegende Schutz wird also gewährt, damit der Antrieb zu geistigem Schaffen gefördert werde, damit geistige Schöpfungen ungehindert und erfolgreich gewerblich mitgeteilt, vertrieben und genutzt werden können, und damit die an dieser Verbreitung und Nutzung beteiligten Gewerbe, die in wesentlichem Maße zum Volkswohlstand beitragen, bestehen und sich gedeihlich entwickeln können. —

III. Rechtsphilosophische Begründung des Urheberrechts.

Diese kulturellen, sozialen und wirtschaftlichen Zwecke könnten vielleicht auch auf andere Weise als durch Gewährung eines Urheberrechts, etwa durch Nationalbelohnungen oder durch polizeiliche Verordnungen erreicht werden.

Allein die Entwicklung des Urheberrechts und die in den Grundzügen übereinstimmende Gestaltung des Schutzes in allen Kulturländern beweisen, daß gerade diejenige Form der Schutzgewährung und Regelung, die den Kern des Urheberrechts ausmacht, in unserem Rechtsbewußtsein als notwendig empfunden wird.

Das Urheberrecht ist aus den Schutzformen, die eine willkürliche Verwaltungspolitik ersann, im Laufe der Entwicklung in unser Rechtssystem hineingewachsen, es hat seine Wurzeln in den Boden der allgemeinen Rechtsanschauung getrieben, auf dem unser gesamtes bürgerliches Recht beruht.

Ist diese Beobachtung richtig, dann muß auch das Urheberrecht — über seine rechtspolitischen Zwecke hinaus — auf diejenigen Grundsätze zurückgeführt werden können, die unser gesamtes bürgerliches Recht als notwendig erscheinen lassen.

Die Pole, um die sich unser bürgerliches Recht bewegt, sind der Mensch und die Welt der ihn umgebenden Güter, d. h. der Dinge, die der Mensch zu seinem Gebrauche, und zwar zum Zwecke der Eigennutzung, bestimmt hat.

Innerhalb unseres Kulturkreises gebietet die Notwendigkeit des gesellschaftlichen oder staatlichen Zusammenlebens Achtung der Person und seiner Persönlichkeitssphäre. Die Nutzung der Güterwelt erfordert — aus sozialen und wirtschaftlichen Gründen — eine Regelung der Güterverteilung. Die Verteilung von Gütern erfolgt bei neu auftretenden Gütern durch Besitzergreifung (Arbeit). Die innigste und höchste Form der Besitzergreifung bildet das Selbstschaffen.

Die gleichen Gründe, die die Einrichtung des Privateigentums stützen, führen auch zur Anerkennung des Grundsatzes, daß eine neue geistige Schöpfung dem Schöpfer zur ausschließlichen wirtschaftlichen Nutzung zugewiesen wird.

Die rechtsphilosophische Zurückführung des Urheberrechts auf die Grundsätze, auf denen das Eigentum beruht, ergibt sich also aus der Gleichsetzung der unkörperlichen, immateriellen, Güter mit den körperlichen Gütern und aus der Gleichsetzung des Selbstschaffens mit der ursprünglichen Aneignung durch Besitzergreifung.

Der Schutz der Urheberpersönlichkeit ergibt sich aus dem Grundsatz der Anerkennung der persönlichen Freiheit, aus dem Gebot der Achtung der Persönlichkeitssphäre und der sozialen Betätigung des einzelnen. (Kohler, Rechtsphilosophie S. 53.)

IV. Das Urheberrecht im Rechtssystem.

Aus den Zeiten, in denen die Gewährung eines Rechtsschutzes auf gewerbepolizeilichen Verleihungen oder Anordnungen beruhte, hat sich bis in die neueste Zeit vereinzelt die Vorstellung erhalten, das Urheberrecht stelle einen zugunsten eines einzelnen verfügten Eingriff in die allgemeine Gewerbe- und Handlungsfreiheit, eine lex specialis, ein Privileg dar. Diese Lehre kann heute in der Wissenschaft als überwunden gelten.

Wollte man jedes Sonderrecht an einer Sache, das eine Machtbefugnis anderer ausschließt, als ein Privileg ansehen, müßte man auch das Eigentum als Privileg bezeichnen. Auch der Umstand, daß ein unmittelbarer Besitz an dem Gegenstand des Rechtes ausgeschlossen ist — wegen seiner unkörperlichen Beschaffenheit —, kann diese Bezeichnung nicht rechtfertigen.

Wenn man anerkennt, daß das Urheberrecht aus den dargelegten rechtsphilosophischen Gründen in den Grundsätzen unseres allgemeinen bürgerlichen Rechts wurzelt, muß man es den Kategorien des bürgerlichen Rechts einordnen oder zuordnen, nicht aber sein Wesen nach äußerlichen Merkmalen bestimmen, die im Hinblick auf den Zweck und den Inhalt des Schutzes nur zufälliger Natur sind.

Nicht besser steht es mit der Lehre, die in dem Urheberrecht nur den Reflex positiver Schutznormen oder absolute, inhaltlose Rechte erblickt. Auch hier wird aus der Unkörperlichkeit des Gegenstandes auf die Inhaltslosigkeit des Rechtes geschlossen. Diese Auffassung wird aber durch die Tatsachen widerlegt. Den Inhalt des Rechtes bildet die Machtbefugnis, die Herrschaft des Urhebers über den Gegenstand, der trotz seiner Unkörperlichkeit eine wirklich bestehende Sache darstellt.

Andere verlegen den Schwerpunkt in die Urheberschaft und fassen das Recht als ein Persönlichkeitsrecht auf. Dieser Anschauung liegt ein richtiger Gedanke zugrunde. Er begreift aber nur eine Seite des Rechtes und läßt seinen wirtschaftlichen Charakter unberücksichtigt, obwohl er die stärkere Wirkung übt als der persönliche. — Oder man verwechselt den Grund des Rechtes (vinculum spirituale) mit seinem Inhalt. Daher erscheint auch diese Lehre terminologisch bedenklich.

Geht man von dem Verhältnis der Person zur Sache aus, so muß man zunächst erwägen, daß die Sache, die Schöpfung, ein wirtschaftliches Gut ist, dessen Nutzung dem Urheber vorbehalten ist, und daß dieses Gut von seinem Schöpfer abgelöst und auf andere übertragen werden kann. Das Recht ist daher nach der wirtschaftlichen Seite ein Vermögensrecht oder ein Wertrecht (Kohler).

Es ist ein Recht an einer Sache, die sich von den körperlichen Gütern nur dadurch unterscheidet, daß sie unkörperlich, immateriell ist.

Man kann es daher als ein Recht an einer unkörperlichen Sache oder an einem immateriellen Gut bezeichnen. Das Verdienst, diese Lehre begründet und ausgebaut zu haben, gebührt Kohler.

Indessen drückt dieser Begriff nur die allgemeine Natur des Urheberrechtes, aber noch nicht die Sondernatur des Urheberrechts als eines Eigenrechts aus.

Das Urheberrecht gewährt seinem Träger eine ausschließliche Verfügungsmacht über die Schöpfung zum Zwecke ihrer wirtschaftlichen Nutzung. Damit schiebt es sich innerhalb der Kategorie der Rechte an immateriellen Gütern an die Stelle, die innerhalb der Kategorie der Rechte an körperlichen Sachen das Eigentum einnimmt.

Es dürfte daher richtig als unkörperliches Eigentum bezeichnet werden.

Wenn man dagegen einwendet, der Eigentumsbegriff unseres bürgerlichen Rechtes beschränke sich auf körperliche Sachen, so dürfte der Zusatz „unkörperliche" gerade auf diejenigen Besonderheiten hinweisen, die sich aus der Unkörperlichkeit des Gegenstandes ergeben: kein unmittelbarer Besitz — beschränkte Dauer. Von diesen im Wesen des Gegenstandes liegenden Unterschieden abgesehen, steht das Urheberrecht als ausschließliches Genuß- oder Herrschaftsrecht dem Eigentum gleich.

V. Die zeitliche Beschränkung des Urheberrechts.

Durch die zeitliche Befristung des Schutzes unterscheidet sich das unkörperliche Eigentum von dem körperlichen.

Der Grund der zeitlichen Beschränkung liegt, wie gesagt, in der Besonderheit des Gegenstandes, der nur für eine gewisse Zeit Gegenstand eines Sonderbesitzes sein kann.

Technische Ideen — patentfähige Erfindungen und Gebrauchsmuster — können nur solange im Sonderbesitz stehen, als sie nicht in den allgemeinen Schatz des technischen Wissens übergegangen sind, also nur solange, als sie neu oder noch in gewissem Sinne neu sind.

Die Geisteswerke im engeren Sinne, Schriftwerke, Tonwerke, Werke der bildenden Künste — einschließlich der Geschmacksmuster — behalten zwar solange sie bestehen ihre konkrete Eigenart. Allein im Laufe der Zeit verflüchtigt sich das Band der persönlichen Urheberschaft, aus der das Recht seine Entstehung nimmt.

Dem Recht, das nach dem Tode des Urhebers in die Hände der Erben oder dritter Personen gelangt ist, bringt die Rechtsordnung mit der Zeit ein geringeres Interesse entgegen. Man enteignet daher das wirtschaftliche Gut, um ein freies Kulturgut zu schaffen.

Die Fristen sind bei beiden Gruppen des Urheberrechts willkürlich gesetzt. Sie sind bei dem gewerblichen Urheberrecht regelmäßig erheblich kürzer als bei dem geistigen, zumal sich bei stärkerer Entwicklung der Technik und der sich steigernden Ausbreitung des Wirtschaftsverkehrs die Aufnahme neuer geistiger Schöpfungen in das allgemeine Wissen rasch vollzieht.

Die Bemessung der Dauer des geistigen Urheberrechtes hängt eng mit dem jeweiligen Stande der geistigen und der Rechtskultur einer Zeit und eines Volkes zusammen.

Je enger die Begriffe des Urheberrechts mit dem allgemein bürgerlichen Recht verwachsen, und je größere Achtung dem geistigen Schaffen entgegengebracht wird, desto länger

werden die Schutzfristen. Das lehrt die geschichtliche Entwicklung und lehrt die rechtsvergleichende Betrachtung.

An sich wäre es wohl richtig, die Schutzfrist für jede einzelne Schöpfung, die Gegenstand des Urheberrechts — des geistigen oder des gewerblichen — sein kann, besonders festzusetzen. Allein aus Gründen der Rechtstechnik werden die Fristen für jede Kategorie von Werken einheitlich bemessen (s. S. 403).

VI. Materielles Recht und formales Recht.

In der Frühzeit des Urheberrechts, in der seine Zusammenhänge mit dem allgemeinen bürgerlichen Recht noch nicht geahnt wurden, setzte die Gewährung des Rechtsschutzes ein mit Gnadenakten der Staatshoheit oder der Verwaltung — Privilegien — oder mit Verordnungen gewerbepolizeilichen Charakters. Als ein gesetzliches Eingreifen notwendig wurde, faßte man die nächstliegenden praktischen Zwecke ins Auge, ohne Grund und Wesen des Rechts zu erforschen. Daher haftet den ersten Gesetzen ein gewerbepolizeilicher Charakter an, der sich in einem Formalrecht öffentlich-rechtlichen Charakters äußerte: Erteilung von Privilegien, Patenten, Eintragung in öffentliche Register, Erfordernis besonders anzubringender Vorbehalte und Verbote im geistigen Urheberrecht.

Je mehr die Grundsätze des materiellen Urheberrechts in das allgemeine Rechtsbewußtsein eindrangen, desto mehr verlor sich der Formalcharakter des Rechtes.

So ist das geistige Urheberrecht in den Ländern mit fortgeschrittener Gesetzgebung heute ein rein materielles Recht, ohne Vorschriften formaler Art, geworden.

Auf dem Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes dagegen hat sich das Formalrecht noch bis zum heutigen Tage erhalten.

Bei Erfindungen liegt der Grund darin, daß sie als Schöpfungen unpersönlicher Art keine Merkmale des Eigenbesitzes an sich tragen. Daher sind Formalakte erforderlich, um der Öffentlichkeit das Bestehen eines Schutzrechtes zu bekunden: Erteilung des Patentes, Eintragung von Gebrauchsmustern.

Das Verhältnis des Formalrechtes zum materiellen Recht ist in den einzelnen Ländern verschieden, je nach dem Alter der Gesetzgebung und dem Stand der Rechtskultur. Im allgemeinen geht die Entwicklung dahin, daß das Urheberrecht, je mehr es mit dem allgemeinen Recht verwächst, seine formale Starrheit verliert und sich zu einem vorwiegend materiellen Recht ausbildet, welches durch das Formalrecht lediglich eine Sichtbarmachung und eine Verstärkung erfährt.

In solchen Ländern, in denen wie in Deutschland die Gesetzgebung des gewerblichen Rechtsschutzes noch jung ist, zeigt das Recht noch einen starken gewerbepolizeirechtlichen Formalcharakter. Doch beweisen die neuerdings veröffentlichten Entwürfe zur Reform des Patentrechtes (und des Warenzeichenrechtes), daß auch hier sich das Streben nach einer Erweiterung des materiellen Rechtes und nach Zurückdrängung des Formalrechtes geltend macht.

Das Geschmacksmusterrecht ist lediglich aus historischen Gründen formalrechtlich gestaltet. Aber auch hier zeigt die neuere Entwicklung — französisches Gesetz von 1909 —, daß das formale Recht allmählich auf seine rein rechtsbekundende Funktion zurückgedrängt wird.

VII. Geschichtlicher Überblick.

Die Anfänge des geistigen und des gewerblichen Urheberrechts reichen in das Mittelalter zurück, in die Zeit, in der das intensive Wirtschaftsleben innerhalb der kleineren Gemeinwesen sich zu gewerblichen Verbänden (Zünfte und Innungen) zusammenschloß. Die Zunftbehörden, die die gewerbliche Tätigkeit der Zunftgenossen beaufsichtigten und regelten, sorgten auch dafür, daß die Erfinder technischer oder künstlerischer Neuerungen gegen Ausbeutung und Nachahmung ihrer Neuschöpfungen geschützt wurden (so z. B. innerhalb der Textilgewerbe). Als gegen Ende des Mittelalters neue Gewerbe sich auftaten oder durch die landesherrliche Fürsorge eingeführt wurden, Gewerbe, die sich nicht in die vorhandenen Zünfte einordneten, gewährte die Staatsgewalt zugleich mit der Erlaubnis des Gewerbebetriebs einen Gewerbe-

schutz in Form von Privilegien. Solche Privilegien wurden verliehen für die Ausübung eines ganzen Gewerbezweiges oder auch für einzelne Schöpfungen. So z. B. auf dem Gebiet des Verlagswesens für die Ausübung des Druckgewerbes im allgemeinen oder für einzelne Verlagswerke. Das Privilegienwesen diente im allgemeinen dem Zwecke der Förderung des Gewerbewesens, ohne daß man zu einer klaren Erkenntnis der Zwecke und des Wesens des Urheberschutzes durchdrang. Trotzdem finden sich aber auch schon früh Anfänge einer solchen Erkenntnis. So läßt sich feststellen, daß innerhalb des organisierten Verlagshandels bestimmter Plätze oder Gebiete das Nachdrucken von Büchern verpönt war. Die Privilegien dienten vornehmlich dem Schutze außerhalb der vorhandenen Gewerbeorganisationen. Andererseits wurde schon im 16. Jahrhundert gelegentlich der Verleihung von Erfindungsprivilegien in England der Satz ausgesprochen, daß der gewährte Schutz einen Lohn für die nützliche Arbeit und den Aufwand eines Erfinders darstellen solle. Immerhin hielt sich die Gewerbepolitik nicht an diese Grundsätze, so daß Privilegien in mißbräuchlicher Weise massenhaft als besondere Gunstbezeugungen auch für Dinge gewährt wurden, die längst Gegenstand freier gewerblicher Tätigkeit gewesen waren. Die dadurch hervorgerufene Unklarheit und Unsicherheit führte zu den ersten gesetzlichen Urheberrechtsvorschriften, und zwar zunächst in England, wo das im 16. Jahrhundert aufgeblühte Bürgertum sich im 17. Jahrhundert seine Mitwirkung in der Gesetzgebung erstritt. Die jahrelang dauernden Kämpfe des Parlaments gegen die Privilegienmißwirtschaft führten zunächst dazu, daß unter Elisabeth und dann unter Jakob I. die Privilegien unter das gemeine Recht gestellt wurden, und schließlich zu der sogenannten Act of Monopolies von 1623, durch welche die Erteilung von Privilegien gesetzlich verboten wurde, mit einziger Ausnahme der Erteilung von Patenten auf neue und nützliche Erfindungen an die Person des ersten und wahrhaften Erfinders. Auf diesem Gesetz beruhen die ganze folgende Entwicklung des Patentrechts in England sowie die späteren Gesetze der übrigen Länder. In England war es auch, wo im Jahre 1709 das erste Gesetz gegen Büchernachdruck erlassen wurde, die Act 8 Anne c. 19, durch welche den in den Registern der Stationers Company eingetragenen Büchern ein zeitlich beschränkter Schutz gewährt wurde. Gleichzeitig setzte eine rechts- und wirtschaftsphilosophische Bewegung ein, welche für die spätere rechtliche Beurteilung des Urheberrechts maßgebend wurde. Die Lehre Lockes, der das Eigentum auf den Zweck der Belohnung der Arbeit zurückführte, wurde in England und von da aus in Frankreich auf den Schutz der Geisteswerke angewandt. Unter dem Eindruck dieser Anschauungen entstanden die ersten im Anfang der großen Revolution geschaffenen französischen Gesetze zum Schutze der Erfindungen (1791) und der Werke der Literatur und Kunst (1793), in denen das Recht der Urheber und Erfinder als ein Eigentum bezeichnet wurde. Die Lehre wurde indessen durch den Einfluß der römisch-rechtlichen Doktrin in den Hintergrund gedrängt, die in den um die Wende des 19. Jahrhunderts entstandenen großen Gesetzbüchern des bürgerlichen Rechts für das Urheberrecht keinen Raum ließ. (Eine erfreuliche, aber vereinzelte und nicht fruchtbar gewordene Ausnahme bildete das Preußische Allgemeine Landrecht.) Da die Rechtswissenschaft das Urheberrecht ablehnte oder nicht berücksichtigte, behielt die vom Beginn des 19. Jahrhunderts allenthalben einsetzende Gesetzgebung einen vorwiegend gewerbepolizeilichen Charakter. Vor allem trat nun eine scharfe Trennung zwischen dem geistigen und dem gewerblichen Urheberrecht ein. Das Patentrecht wurde als ein wirtschaftlichen Zwecken dienendes Sonderrecht vorwiegend als öffentlich-rechtliches Institut ausgebildet. Ähnlich war die Entwicklung des Urheberrechts an Werken der Literatur und der Kunst in England und in Amerika. In Frankreich dagegen, wo das Gesetz von 1793 70 Jahre lang ohne wesentliche Änderung bestand, entwickelte sich in der Rechtsprechung eine Lehre des Urheberrechts, die zwar in systematischer Beziehung nichts Erhebliches leistete, aber praktisch den modernen Ausbau des Urheberrechts anbahnte.

In Deutschland blieb das Urheberrecht dank der politischen Zersplitterung und der dadurch bedingten Enge der wirtschaftlichen Verhältnisse zurück. Gesetze über geistiges Urheberrecht wurden zwar nach dem Vorgang Preußens (1837) in den meisten Staaten erlassen, doch war der gewährte Schutz beschränkt und unwirksam. Zu einer Patentgesetzgebung kam es nur in wenigen Ländern (Preußen hat niemals ein eigenes Patentgesetz besessen). Die im 19. Jahrhundert herrschende Freihandelslehre erblickte in dem Urheber- und Erfinderschutz einen Ein-

griff in die spät und mühsam errungene Gewerbefreiheit. Als daher zur Zeit der Begründung des Reichs sich ein Bedürfnis nach einem allgemeinen gesetzlichen Schutz fühlbar machte, fehlte es an eigenen Erfahrungen und an eigener Tradition. Man war daher vielfach — namentlich auf dem Gebiet des Patentrechtes — darauf angewiesen, neues zu schaffen und dabei die Erfahrungen des Auslandes zu nutzen. Nur auf dem Gebiete des geistigen Urheberrechts konnte man sich an das preußische Gesetz von 1837 anschließen. — So kamen vom Jahre 1870 an zustande Gesetze über den Schutz von Schriftwerken und Werken der Tonkunst (Ges. v. 10. 6. 1870), über den Schutz von Werken der bildenden Künste (Ges. v. 9. 1. 1876), der Photographie (vom 10. 1. 1876), der Geschmacksmuster (vom 11. 1. 1876), das Patentgesetz vom 25. 5. 1877.

Diese Gesetze, mit den Fehlern ihrer Jugend behaftet, mußten — bis auf das Geschmacksmustergesetz — in der Zwischenzeit einer Umarbeitung unterzogen werden.

Die heute in Deutschland geltenden Gesetze sind:

1. das Patentgesetz vom 7. April 1891;
2. das Gebrauchsmustergesetz vom 1. Juni 1891;
3. das Gesetz betreffend das Urheberrecht an Schriftwerken und Werken der Tonkunst vom 19. Juni 1901;
4. das Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie vom 9. Januar 1907.

Das Patentgesetz und das Gebrauchsmustergesetz haben sich inzwischen wiederum als verbesserungsbedürftig erwiesen. Eine Reform ist gegenwärtig im Gange.

Wenn auch die deutsche Gesetzgebung des Urheberrechts in ihren Anfängen keine schöpferische Tat aufzuweisen hat, so hat doch die neue deutsche Rechtswissenschaft befruchtend auf die Erkenntnis des Wesens des Rechtes gewirkt. Es ist das große Verdienst Kohlers, die moderne Lehre des Urheberrechts begründet und damit auch den Boden für eine künftige organisch aufgebaute Gesetzgebung freigemacht zu haben.

A. Die Gegenstände des Urheberrechts.

Neben der Welt der Sachgüter, die körperlich sind, oder deren Dasein wir durch Kräftewirkungen feststellen können, der Sachgüter, die die Natur erzeugt, und die der Mensch roh oder bearbeitet in den Dienst seiner Bedürfnisse stellt, erzeugt der menschliche Geist aus sich heraus Gedankenschöpfungen, Werke, die der realen Welt angehören, die zu ihrer Wahrnehmung und Mitteilung einer Verkörperung bedürfen, aber deren Dasein von den einzelnen Verkörperungsformen unabhängig ist.

Es sind Erzeugnisse der Kultur, Früchte der Erfahrung und Schulung, die der menschliche Geist im Kampfe um seine Behauptung gegenüber der Natur und in dem gesellschaftlichen Zusammenleben erwirbt. Aus der Zusammenfassung und Verarbeitung der überkommenen Kulturgüter entstehen neue Geistesschöpfungen, die ihrerseits wieder befruchtend wirken.

Diese geistigen Schöpfungen zerfallen in zwei größere Gruppen: die eine Gruppe dient dazu, die Herrschaft des Menschen über die Natur zu befestigen und zu verstärken; sie ist die Frucht angewandter Geistestätigkeit. Sie umfaßt die Erfindungen.

Die andere, die der sogenannten reinen Geisteswerke, begreift die Schöpfungen in sich, die lediglich der Pflege der Geisteskräfte dienen, die im Kampf um das Dasein überschüssig werden. Im Laufe der Kulturentwicklung haben sich bestimmte Gebiete ausgesondert, die zu selbständigen Kulturmächten geworden sind, und deren Erzeugnisse aufzunehmen, zu verstehen und zur Erweiterung und Vertiefung der eigenen Weltanschauung auf sich wirken zu lassen, für den Kulturmenschen ein ebenso großes Bedürfnis ist, wie das, die physische, wirtschaftliche und soziale Existenz zu sichern und zu bessern.

Die uns überkommenen Gebiete dieser geistigen Betätigung sind die Literatur, die Wissenschaft und die Kunst — Tonkunst und bildende Künste.

Diese reinen und angewandten Geisteswerke bilden den Gegenstand des Urheberrechts.

Gemeinsam ist ihnen sämtlich, daß sie menschliche Schöpfungen sind. Was der Mensch in der Natur fertig vorfindet oder entdeckt, Naturerzeugnisse, Tiere, Länder, Kunstformen der Natur, Naturgesetze, Eigenschaften der Körper, ist kein Geisteswerk.

Alle Geisteswerke müssen ein begrenztes und ablösbares Dasein haben, eine besondere unterscheidbare Eigenart besitzen. Eine Fertigkeit technischer oder künstlerischer Art ist an sich kein Geisteswerk, sondern nur das besondere Erzeugnis dieser Fertigkeit.

Ebenso steht es mit Arbeitsmethoden, die systematisch ausgearbeitet und gelehrt werden können. Sie sind nur Hilfsmittel zur Erzeugung von Geisteswerken.

Jedes Geisteswerk stellt eine Verbindung einzelner Gedanken und Vorstellungen dar. Die einzelnen Gedanken oder Vorstellungen, die noch nicht eine besondere Eigenart gewonnen haben, sind ebenfalls noch keine Geisteswerke, so z. B. einzelne Begriffe, Laute, Form- oder Farbenmotive, technische Erkenntnisse, die noch keine bestimmte Wirkung erzeugen, wie z. B. die Erkenntnis, daß ein Stoff bei einer gewissen Temperatur flüssig oder gasförmig wird, oder daß ein scharfer Körper schneidet.

Jedes Geisteswerk wird nur geschützt als Erzeugnis eines bestimmten Urhebers oder einer Mehrheit bestimmter Miturheber.

Da jeder geistig Schaffende der Erbe der gesamten Kulturentwicklung ist und aus dem allgemeinen Geistesschatz schöpft, so kommt für die Abgrenzung eines Geisteswerks nur dasjenige in Betracht, was der Urheber aus eigenem geschaffen hat, nicht dasjenige, was er anderen entlehnt.

Die Ermittlung der geistigen Schöpfung eines Urhebers erfordert in jedem Fall — in dem eine Prüfung auf Schutzfähigkeit notwendig wird — eine Auflösung des Schaffensvorganges. Nicht wie die einzelnen Bestandteile eines Werkes nebeneinander liegen, ist maßgebend, sondern wie sie entstanden sind.

Die Prüfung des Schutzgegenstandes auf Schutzfähigkeit ist nötig, um den Umfang des Schutzes gegenüber anderen — späteren — Schöpfungen festzustellen. Sie kann nie in abstrakter Weise ein für allemal erfolgen. Sie hat jedem neuen, zum Vergleich stehenden Werke gegenüber von neuem zu erfolgen. Ein Schriftwerk stellt sich anders dar, je nachdem eine Bearbeitung des Inhalts oder der Sprachform (Übersetzung) in Frage steht; ein Tonwerk, je nachdem es sich um eine Variation oder ein Arrangement handelt; ein Werk der Kunst, je nachdem es sich um abändernde Darstellung in der gleichen Kunstform oder um Übertragung in eine andere Kunstform handelt; eine Erfindung, je nachdem es sich um eine andere Ausführungsform des gleichen Gedankens oder um die Verwendung eines einzelnen Bestandteils handelt.

Der Begriff des Geisteswerkes, wie er bis jetzt dargestellt wurde, deckt sich nicht vollständig mit der Summe der Gegenstände, die das positive Recht schützt.

Infolge der geschichtlichen Entwicklung, die wie schon gesagt nicht von einem einheitlichen Prinzip aus erfolgte, sondern durch die praktischen Bedürfnisse bedingt wurde, haben sich bestimmte Schutzgebiete herausgebildet, zwischen denen sich Lücken finden, die nicht ohne weiteres auf Grund des geltenden Gesetzes ausgefüllt werden können.

Ferner werden aus besonderen rechtspolitischen Gründen gewisse Werke dem Schutz entzogen.

Das Genauere ergibt sich aus der Betrachtung der einzelnen Hauptgruppen.

I. Erfindungen. (Patentfähige Erfindungen und Gebrauchsmuster).

1. Erfindungen sind Gedankenschöpfungen, die eine eigenartige technische Wirkung haben, die als Mittel zur Beherrschung der Stoffe und Kräfte der außermenschlichen Natur (Technik) der Befriedigung menschlicher Bedürfnisse dienen. Ihr Wesen wird charakterisiert einerseits durch die besondere Art und Weise, wie sie ihren Zweck erfüllen (Nützlichkeit), andererseits durch das Maß geistigen Aufwandes, das nötig war, um an der Hand der vorhandenen technischen Kenntnisse und Fertigkeiten das besondere technische Mittel zu ersinnen. Den Maßstab für den geistigen Aufwand bietet die erforderliche Phantasieleistung, die keiner Gebundenheit unterliegende, freie Geistestätigkeit.

Die Erzeugnisse einer gebundenen, durch Regeln vorgeschriebenen (logischen, mathematischen, konstruktiven) Denktätigkeit sind keine Erfindungen.

Die Erfindungen unterscheiden sich nach ihrem Anwendungsgebiet — mechanische, chemische —, nach ihrer Erscheinungsform — körperliche (Stoffe, Maschinen, Apparate, Geräte) und unkörperliche (Verfahren) —, nach ihrem Aufbau — einfache und zusammengesetzte. In letzterer Beziehung ist zu bemerken: Jede Erfindung besteht aus einer Vereinigung mehrerer technischer Begriffe. Wenn die einzelnen Bestandteile einer Erfindung ihrerseits wieder einen eigenen Erfindungscharakter aufweisen, also eine von der Verbindung unabhängige Einzelwirkung erzeugen, so nennt man die Verbindung eine zusammengesetzte oder Kombinationserfindung.

Die Wirkung der Erfindung kann darin liegen, daß sie einem besonderen Zwecke dient, oder daß vorhandene Zwecke durch besondere Mittel erreicht werden. Die Maßstäbe für diese Besonderheit, das Anderssein, bieten nicht nur die technische Wissenschaft, sondern auch wirtschaftliche Erwägungen (gesteigerte Wirkung, sparsamere Arbeitsweise).

Dem Grade der Wirkung nach unterscheiden sich die Erfindungen in solche, die für die Beherrschung eines technischen Gebietes neue grundsätzliche Erkenntnisse erschließen (grundsätzliche oder Pioniererfindungen) und solche, die zu einer anderen — besseren — Ausführung eines schon vorhandenen Erfindungsgedankens führen (Ausführungs-, Konstruktions-, Verbesserungserfindungen).

Da die ganze technische Arbeit der Menschheit in sich derart zusammenhängt, daß jeder Schöpfer auf den Erkenntnissen und Leistungen der Vor- und Mitwelt weiterbaut, stellt sie eine Entwicklung dar, deren begriffliche Erfassung naturgemäß immer von dem Stand der Kenntnisse einer Zeit abhängig ist. Unter diesem Gesichtspunkt stellt jede Erfindung einen Fortschritt dar, dessen Bedeutung entweder auf technischem oder auf gewerblichem (wirtschaftlichem) Gebiete liegt.

Da jede Erfindung grundsätzlich auf der individuellen geistigen Tätigkeit des Erfinders (oder mehrerer Erfinder) beruht, ist auch der Umfang der Erfindung nach dem Maß der Erkenntnis des Erfinders zu beurteilen. Unter die besondere Erfindung fällt immer nur dasjenige, was im Bereich des von dem Erfinder Erkannten liegt.

Jede Erfindung setzt begrifflich Ausführbarkeit voraus; der Erfindungsgedanke muß unter den gegebenen Voraussetzungen jederzeit ausführbar und wiederholt ausführbar sein. Vermutungen, Versuche, zufällige Erfolge, die nicht wiederholbar sind, sind keine Erfindungen.

Jede Erfindung stellt eine Regel menschlichen Handelns, eine Vorschrift dar. Um einer Mitteilung, eines Schutzes fähig zu sein, bedarf sie einer begrifflichen Formulierung und Abgrenzung. Die rechtliche Anerkennung dieser begrifflich festgelegten Erfindung erfolgt durch den staatlichen Akt der Erteilung des P a t e n t s, auf Grund der von dem Erfinder (oder dem Besitzer der Erfindung) erfolgenden A n m e l d u n g.

Maßgebend für die Abgrenzung des Gegenstandes einer Erfindung, für die ein Schutz beansprucht wird, ist daher immer die Anmeldung.

Die Anmeldung stellt aber zunächst nur die Behauptung dar, daß eine Erfindung gemacht ist. Schutzwirkungen können nur entstehen auf Grund einer Prüfung der Erfindung und der Feststellung, daß eine Erfindung vorliegt.

Die Prüfung der Erfindung ist doppelter Art: Sie kann erfolgen zur Feststellung der Schutzwirkung in einem bestimmten Falle; oder sie kann allgemein die Frage betreffen, ob der Gegenstand der Anmeldung überhaupt irgend etwas enthält, was als schutzfähige Erfindung gelten kann. Die erste Prüfung kann nur von Fall zu Fall — im Verletzungsstreit — eintreten; die zweite kann in dem Erteilungsverfahren vorweggenommen werden, wie dies in dem gegenwärtigen deutschen Recht der Fall ist. Der Zweck der Erteilungsprüfung ist also der, festzustellen, ob überhaupt eine Erfindung vorhanden ist, und den Gegenstand der als schutzfähig erkannten Erfindung möglichst bestimmt abzugrenzen. Grundsätzlich kann die Erteilungsprüfung nur vorläufige Ergebnisse bringen. Sie kann nie die Prüfung im Hinblick auf eine bestimmte Wirkung vorwegnehmen. Praktisch hat sie aber die große Bedeutung, alle Anmeldungen auszuscheiden, die ersichtlich keine Erfindung enthalten, und mit einem größeren oder geringeren Grade von Zuverlässigkeit die Richtlinien anzugeben, die die Grenzen der Schutzwirkung in einem besonderen Falle bestimmen.

Der Umstand, daß die Erfindung grundsätzlich nur nach Erteilung eines Patentes geschützt wird, führt in unserem positiven Recht dazu, daß die Begriffe der Schutzfähigkeit und der Patentfähigkeit zusammenfallen.

Voraussetzung des Patentes ist: daß eine Erfindung vorliegt; daß die Erfindung neu ist, und daß sie gewerblich verwertbar ist.

a) Über den Begriff der Erfindung ist soeben gesprochen worden.

b) Jede Erfindung unterscheidet sich grundsätzlich von allen anderen Mitteln der Technik. Da aber (wie oben S. 386 ausgeführt) nur die neue Erfindung Gegenstand des Schutzes sein kann, so wird die Erteilung des Patentes an die Voraussetzung geknüpft, daß die angemeldete Erfindung nicht zur Zeit der Anmeldung bekannt war.

Ob eine Erfindung neu oder bekannt ist, wird von dem Gesetz nach formalen Gesichtspunkten bestimmt.

Als bekannt gilt die Erfindung:

1) wenn sie in öffentlichen — d. h. der Öffentlichkeit grundsätzlich freigegebenen — Druckschriften der letzten 100 Jahre beschrieben war;

2) wenn sie im Inlande offenkundig benutzt worden ist, d. h. wenn die Tatsache ihrer Benutzung außerhalb der Geheimsphäre des Erfindungsbesitzers bekannt geworden ist. —

Die Kenntnis der Erfindung muß in beiden Fällen derart sein, daß sie dem Sachverständigen die Benutzung der Erfindung ermöglicht, ohne daß er eine eigene erfinderische Tätigkeit leistet.

Liegen diese Voraussetzungen — zur Zeit der Anmeldung bei dem Patentamt — nicht vor, so gilt die Erfindung als neu, selbst wenn sie auf andere Weise, z. B. aus alten Druckschriften, oder aus Vorbenutzung im Auslande oder durch wissenschaftliche Vorträge, bekannt geworden ist.

c) Das Erfordernis der gewerblichen Verwertbarkeit sollte an und für sich nur angeben, daß der Patentschutz sich nur auf technische Schöpfungen erstreckt. Allein in der Praxis ist es gesteigert worden zu dem Erfordernis eines ernst zu nehmenden, glaubwürdigen und auch ausführbaren Mittels der Technik.

Kraft besonderer gerichtlicher Vorschriften sind von dem Patentschutz ausgeschlossen:

1) Erfindungen, deren Verwertung den Gesetzen oder der guten Sitte widerspricht;

2) Nahrungs-, Genuß- oder Heilmittel;

3) Chemische Stoffe.

Verfahren zur Darstellung von 2. und 3. sind dagegen patentfähig. Der Ausschluß chemischer Stoffe beruht vorwiegend auf volkswirtschaftlichen Erwägungen. Es soll der fortschreitenden Technik ermöglicht und nahegelegt werden, die durch ein Verfahren dargestellten Stoffe durch andere, neue Verfahren zu gewinnen.

Die Prüfung auf Patentfähigkeit hat zu erfolgen auf Grund des Standes der Technik, wie er sich zur Zeit der Anmeldung darstellt. Zur Würdigung des Erfindungscharakters und zur Abgrenzung der angemeldeten Erfindung von dem Bekannten hat also die Prüfung zu erfolgen nach dem Maßstabe der Kenntnisse und Fertigkeiten, die im Bereiche der druckschriftlich bekannten und offenkundig benutzten Technik lagen.

Die Praxis des 1877 gegründeten Patentamtes, der für die Prüfung und Erteilung der Patente bestellten Behörde, stand wohl von Anfang an unter dem Eindruck der volkswirtschaftlichen und gewerbepolitischen Anschauungen, die in dem Patent vorwiegend eine Beschränkung der Freiheit der Gewerbe und der Technik sahen. Dies führte zu der Vorstellung, daß man nur auf solche Erfindungen ein Patent erteilen dürfe, deren Eigenart oder Fortschritt eine besondere Erheblichkeit aufwies. (Richtiger wäre wohl, bei der Erteilung milde, bei der Feststellung der Schutzwirkung — was Sache der Gerichte ist — streng zu prüfen.)

Dieses aus der Praxis entstandene Erfordernis einer besonderen Erheblichkeit (oder des erheblichen Fortschrittes) hat sich zu dem der Patentwürdigkeit verdichtet, dem Maße der Erfindungshöhe, das eine Erfindung aufweisen muß, um für patentfähig erachtet zu werden. Die Prüfung auf Patentwürdigkeit unterliegt einer gewissen Willkür. Das hat zu dem Irrtum Anlaß gegeben, als ob die Patenterteilung vorwiegend einen Verwaltungsakt

darstelle. Richtig ist hieran nur, daß gewisse gewerbepolitische Strömungen die Anschauungen des Patentamtes über Patentwürdigkeit in der Richtung einer strengeren oder milderen Auffassung beeinflussen können.

2. Der Umstand, daß kleinere Erfindungen, namentlich Geräteerfindungen, von dem Patentamt nicht zum Patentschutz zugelassen werden, führte zum Erlaß des **Gebrauchsmustergesetzes** vom 1. Juni 1891.

Gebrauchsmuster sind kleine Erfindungen. Indessen beschränken sie sich auf körperliche Erfindungen, d. h. auf solche, die durch Modell darstellbar sind. Verfahren sind von dem Gebrauchsmusterschutz ausgeschlossen. — Es bleiben daher übrig Gestaltungen — einschließlich der Anordnungen und Vorrichtungen — von Gebrauchsgegenständen, die dem Gebrauchszwecke dienen.

Das grundlegende Erfordernis ist auch hier das des Erfindungscharakters, d. h. einer technischen Schöpfung mit eigenartiger Wirkung. Das Merkmal des Technischen tritt allerdings praktisch insofern in den Hintergrund, als es sich meist nicht um Errungenschaften auf wissenschaftlichem Gebiet handelt, sondern um die Anwendung einfacher Fertigkeiten. Das sind aber keine grundsätzlichen, sondern nur Gradunterschiede. Die Prüfung auf anders geartete Wirkung oder Erfindungsaufwand unterliegt milderen Maßstäben als die Prüfung auf Patentwürdigkeit.

Das Erfordernis der Modellfähigkeit bringt es mit sich, daß der Gebrauchsmusterschutz sich grundsätzlich auf Formgestaltungen beschränkt. Darunter fallen neue Formen von Gebrauchsgegenständen, aber auch die Verwendung von besonderen Stoffen oder Farben, soweit sie dem Gebrauchszweck in einer besonderen Form dienen (Geräte aus Celluloid, farbige Signalscheiben).

Immobilien gelten nach herrschender Ansicht nicht als Gebrauchsgegenstände, wohl aber eingebaute Bestandteile. —

Die Körperlichkeit kann im Raum oder in der Fläche liegen.

Wesentlich ist, daß die Eigenart des Gebrauchsmusters in der Gebrauchswirkung liegen, d. h. durch den Gebrauchszweck bestimmt sein muß. Dieses Merkmal unterscheidet die Gebrauchsmuster von den Geschmacksmustern, die zur Gruppe der Kunsterzeugnisse gehören.

Auch Gebrauchsmuster stehen unter dem Formalrecht. Sie genießen Schutz nur, wenn sie bei dem Patentamt eingetragen sind (einen Gebrauchsmusterschutz kennen nur die Gesetzgebungen Deutschlands und Japans). Die Eintragung erfolgt auf Grund einer Anmeldung ohne Prüfung. Geprüft werden die Gebrauchsmuster nur im Verletzungsstreit (oder auf Grund einer Löschungsklage) vor dem ordentlichen Gericht. Gebrauchsmuster sind nur schutzfähig, wenn sie im Zeitpunkt der Anmeldung neu waren. Das Neuheitserfordernis ist grundsätzlich das gleiche wie das der patentfähigen Erfindung; es ist nur insofern noch strenger, als jede Beschreibung in einer öffentlichen Druckschrift (auch wenn sie älter als 100 Jahre ist) die Neuheit ausschließt.

Die vielfach verbreitete Abneigung gegen Gebrauchsmuster — deren ungeprüftes Dasein von der durch die Patentprüfung verwöhnten Industrie als lästig empfunden wird — hat neuerdings manchmal zu einer Überspannung der Schutzerfordernisse geführt, so daß jetzt auch schon ein Fortschritt von einer gewissen Erheblichkeit gefordert wird.

II. Die reinen Geisteswerke.

Reine Geisteswerke sind solche Schöpfungen, deren Eigenart nicht durch den Zweckmoment bedingt wird. Ihr Zweck ist die Offenbarung der in ihnen zum Ausdruck gelangten Persönlichkeit des Urhebers.

Das schließt nicht aus, daß der Gegenstand, in den die geistige Schöpfung hineingearbeitet wird, einem Zwecke dient, wie dies bei den Werken angewandter Geistestätigkeit (z. B. wissenschaftlichen Erzeugnissen, praktischen Nachschlagewerken, Werken der sogenannten angewandten Kunst) der Fall ist. Allein der Schutz erstreckt sich auch bei solchen Werken niemals auf den Zweckinhalt (die mitgeteilten Tatsachen, Errungenschaften, Gebrauchsformen), sondern immer nur auf die eigenartige Gedankenverknüpfung, Vorstellungsreihe oder Formgebung.

Die ästhetische Durcharbeitung der einzelnen geistigen Schaffensgebiete hat dazu geführt, objektive Maßstäbe für die Gewinnung von Werturteilen aufzustellen, nach denen man die Wirkung solcher Werke zu bestimmen sucht. Die Kunstschöpfung soll Lustgefühle erregen, der Darstellung des Schönen dienen, auf den Geschmackssinn wirken usw. Allein solche Maßstäbe sind unsicher, da sie wesentlich — wenn auch aus der Erfahrung abgeleitete — Werturteile darstellen. Einen festen Anhaltspunkt gibt nur die persönliche Eigenart des Werkes, die durch psychologische Analyse exakt zu ermitteln ist.

Allerdings hat die kulturelle und Verkehrsentwicklung dazu geführt, daß gewisse Schaffensgebiete allein zur Pflegstätte einer individuell gestaltenden geistigen Tätigkeit gewählt wurden, und daß der empfangende Teil der Menschheit auch nur den Schöpfungen aus diesen Gebieten ein hinreichend geschultes Verständnis, ein genügendes Unterscheidungsvermögen entgegenbringt, um die in den Werken zutage tretende Persönlichkeit des Urhebers auf sich wirken zu lassen.

Daher scheiden für den Urheberschutz alle Erzeugnisse aus, in denen der Schöpfer nicht in bewußter Weise seine Persönlichkeit zu offenbaren beabsichtigt, also solche Erzeugnisse, in denen der sachliche Zweck alles persönliche aufwiegt, selbst wenn eine physiologisch bedingte Eigenart dem Erzeugnis anhaftet, wie z. B. der Handschrift des Abschreibers.

Die überkommenen Hauptgebiete des geistigen Schaffens sind: das Schrifttum, die Tonkunst und die bildenden Künste. Dazu sind in neuerer Zeit infolge der Entwicklung der Technik einige neuere Gebiete gekommen, die Photographie und die Regie- und Vortragskunst, die durch den Kinematographen und den Phonographen eine besondere Bedeutung gewonnen hat.

Gegenstand des Schutzes bei allen Werken ist nur die individuelle Gestaltung, ohne Rücksicht auf den Zweck oder den Grad ihrer Vollkommenheit. Auch einfache oder geringwertige Erzeugnisse genießen Schutz, solange sie noch ein persönliches Gepräge aufweisen. Dem Geisteswerk gehören nicht an das, was durch die gesetzte Aufgabe zwangsläufig gegeben ist; ferner nicht das vorhandene stoffliche Material, sowie technische Elemente jeder Art (Sprachmaterial, Töne, die Formen der Natur), noch schließlich das gesamte, ungeformte oder geformte, Material, das der Schöpfer dem allgemeinen Schatz oder anderen Werken entlehnt.

Die Ermittlung der freien Elemente eines Werkes kann nicht durch einfaches Vergleichen der nebeneinanderliegenden Bestandteile erfolgen, sondern nur durch eine genetische Analyse, die von der Aufgabe ausgehend an der Hand des Werkes selbst allmählich den Schöpfungsvorgang aufbaut.

Diese Prüfung hat aber nur im Hinblick auf einen besonderen Fall einzutreten, und auch nur dann, wenn Zweifel obwalten, ob gerade das einem Werk Entlehnte unter Schutz steht.

Das Gesamtwerk als solches, das als neue Schöpfung eines bestimmten Urhebers auftritt, hat immer die Vermutung der Schutzfähigkeit für sich. Diese Vermutung kann nur durch Zurückgehen auf die älteren Werke, aus denen eine Entlehnung oder Nachahmung behauptet wird, widerlegt werden.

Grundsätzlich sind alle eigenartigen Erzeugnisse der nachstehend aufgeführten Gruppen geschützt. Einige Ausnahmen ergeben sich aus der besonderen Artung und Zweckbestimmung des Werkes.

Als Schutzgegenstände kommen in Betracht Originalschöpfungen oder selbständige Bearbeitungen vorhandener Werke, gleichgültig, ob diese letzteren noch unter Schutz stehen oder nicht. —

1. **Schriftwerke** sind Sprachschöpfungen, welche schriftlich festgelegt sind, einerlei, welchem Gebiet der Literatur sie angehören (schöne Literatur, Wissenschaft, populäre Darstellungen, technische Literatur usw.), ferner Bearbeitungen, wie z. B. dramatische Bearbeitungen, Adaptationen, Übersetzungen und Materialsammlungen, wie Adreßbücher, Kataloge, Lexika usw., letztere, soweit sie in der Auswahl, Sichtung und Anordnung des Stoffes eine persönliche Eigenart aufweisen.

Von *nicht schriftlich festgelegten* Werken werden geschützt:

a) *Vorträge und Reden*, welche dem Zwecke der Erbauung, der Belehrung oder der Unterhaltung dienen;

b) choreographische oder pantomimische Werke (soweit ihr Inhalt begrifflich zu fassen ist, auch wenn sie auf andere Weise als schriftlich festgelegt sind, also z. B. durch den Kinematographen).

Ausgeschlossen von dem Schutze sind Gesetzbücher, Gesetze, Verordnungen, amtliche Erlasse und Entscheidungen und ähnliche amtliche Schriften. Reden, die in parlamentarischen, kommunalen oder kirchlichen Versammlungen gehalten werden, genießen nur einen beschränkten Schutz (gegen Abdruck in einer Sammlung der Reden desselben Verfassers). Zeitungsbeiträge, die nicht wissenschaftlichen, technischen oder unterhaltenden Inhalts sind, werden nur unter der Voraussetzung eines Abdrucksvorbehalts geschützt. Vermischte Nachrichten tatsächlichen Inhalts und Tagesneuigkeiten genießen keinen Schutz, da sie keine eigenartige Gestaltung aufweisen.

2. **Tonwerke** jeder Art stehen unter Urheberschutz, d. h. Schöpfungen, die in der rhythmischen und harmonischen Aneinanderreihung von Tönen eine persönliche Art aufweisen. Ebenso Bearbeitungen, wie Variationen, Auszüge, Arrangements.

Sind Tonwerke mit Texten verbunden, so gilt jede Schöpfung für einen gesondert zu betrachtenden Schutzgegenstand.

3. Die **Werke der bildenden Künste** umfassen alle Schöpfungen der raumformenden Kunst, der sogenannten reinen Kunst wie der sogenannten angewandten Kunst (Werke der zeichnenden, plastischen Kunst, kunstgewerbliche Erzeugnisse und die Werke der Baukunst).

Solche Werke sind geschützt in allen Stadien ihrer Ausführung — von dem ersten Entwurf an —; sowie alle Bearbeitungen, auch in anderen Kunstformen oder Verfahren.

Die Grenze der Kunst nach unten — auch auf dem Gebiet der kunstgewerblichen Erzeugnisse — liegt da, wo die persönlich eigenartige Schöpfung aufhört. —

Bei kunstgewerblichen Erzeugnissen und Baukunstwerken ist wohl zu unterscheiden zwischen der Gebrauchs- und technischen Form und der Kunstform. Dem Kunstwerk gehören alle die Bestandteile an, die im Hinblick auf den Gebrauchszweck willkürlich gestaltet werden können. Da die bildende Kunst einen großen Schatz geformten Materials — Natur- oder Kunstformen — zu ihrer Verfügung hat, liegt die eigentliche künstlerische Schöpfung häufig in der besonderen Anordnung und Gestaltung eines freigegebenen Materials (so z. B. bei Spitzen, Buchschmuck, Buchdruckschriften, Tapetenmustern u. dgl.).

Eine tatsächliche Grenze zwischen den kunstgewerblichen Erzeugnissen und den Geschmacksmustern besteht nicht. Es ist lediglich Frage der künstlerischen Kultur, ob man in den gewerblichen Mustern, die eine eigenartige Form aufweisen, künstlerische Erzeugnisse sehen will oder nicht.

4. Die **Photographien** stehen den Werken der bildenden Kunst äußerlich am nächsten, unterscheiden sich aber von ihnen dadurch, daß sie grundsätzlich keine persönliche Eigenart aufzuweisen brauchen. Geschützt ist jedes Erzeugnis der strahlenden Energie. Eine besondere Formvoraussetzung für den Schutz besteht nicht.

5. Die **technischen** und **wissenschaftlichen Abbildungen** nehmen in unserer Gesetzgebung insofern einen besonderen Platz ein, als sie in dem Schriftwerkgesetz aufgezählt werden. Tatsächlich gehören sie ihrer Erscheinungsform nach zu den Werken der bildenden Künste.

6. **Kinematographische** Werke, einschließlich der kinematographisch aufgenommenen Bühnenschöpfungen, genießen denselben Schutz wie die Werke der bildenden Künste.

7. Das gleiche gilt von **Sammlungen von Kunstwerken**, die eigentlich ihrer Natur nach eher zu den Schriftwerken zu rechnen sind.

III. Die Geschmacksmuster.

Geschmacksmuster sind Schöpfungen, die auf die Gestaltung oder allgemein auf die äußere Erscheinung eines gewerblichen Erzeugnisses einwirken, soweit die Gestaltung nicht dem Gebrauchszwecke dient. Wenn eine solche Schöpfung persönliche Eigenart — ein auf einer Phantasieleistung beruhendes Anderssein — aufweist, und diese von dem durch Kulturgewöhnung geschulten Sinn unterschieden werden kann, stellt sie zugleich ein kunstgewerbliches

Erzeugnis und ein Muster dar. In dem Nachdenken über die Wirkungen solcher Schöpfungen hat man sich gewöhnt, ihre Bedeutung statt nach der — psychologischen — Ursache nach ihrer Wirkung zu beurteilen. Und indem man die Gesetzmäßigkeit ihrer Wirkungen philosophisch untersuchte, reihte man sie in die Kategorie des Schönen, des ästhetisch Wirkungsvollen, zur Befriedigung des Geschmacksinns Dienenden, ein.

Die aus dieser Betrachtungsweise abgeleiteten Merkmale geben aber wegen ihres unbestimmten Charakters keine zuverlässigen Maßstäbe für die Beurteilung des Werkes. Das einzig sichere Merkmal ist vielmehr auch hier die erkennbare persönliche Eigenart.

Auf den stark bearbeiteten Gebieten des Kunstgewerbes genügen schon schwächere Unterschiede, um einem Muster die zum Schutze erforderliche Eigenart zu geben.

Der Schutz ist — aus historischen Gründen — formal ausgebildet. Ein Geschmacksmusterrecht entsteht nur durch Hinterlegung (bei den Amtsgerichten) und unter der Voraussetzung, daß das Muster nicht vor der Hinterlegung verbreitet war.

Auf Schutzfähigkeit werden die Muster nicht bei der Hinterlegung, sondern nur im Verletzungsstreit — von den ordentlichen Gerichten — geprüft. Jedes Muster gilt als neu und eigenartig, solange nicht ein älteres übereinstimmendes Muster vorgelegt werden kann. Unerheblich ist es, ob die Muster flächig oder plastisch (Modell) sind; ferner welchem Kunst- oder gewerblichem Gebiet sie angehören oder welchem Zweck sie dienen.

Ein Muster kann zugleich — auf Grund der Hinterlegung — den gesetzlichen Formalschutz und den Kunstschutz genießen. Eines schließt das andere nicht aus.

B. Der Berechtigte.

Alles Urheberrecht hat seinen Grund in der Urheberschaft. Daher ist auch der Urheber ursprünglich der zum Schutz Berechtigte.

Dieser Grundsatz gilt für das materielle Recht auf dem ganzen Gebiet des Urheberrechts; er gilt namentlich für die Beurteilung der Frage, wem unter mehreren Anspruch Erhebenden das bessere Recht zukommt.

Für die Geltendmachung des Rechtes sind jedoch im positiven Recht aus praktischen Gründen Vorschriften erlassen worden, die eine Ausnahme von dem materiellen Grundsatz darstellen oder diesen wenigstens einschränken. In besonderem Maße gilt dies von den Rechtsgebieten, die eine formale Ausprägung erfahren haben. Der Beweis der Urheberschaft, der in die Geheimnisse des seelischen Schaffens hineinführen müßte, ist streng genommen nicht zu führen oder nur durch Indizienbeweise. Daher suchte das Recht diesen Beweis nach Möglichkeit auszuschalten. Es stellt Vermutungen, zum Teil auch Fiktionen der Urheberschaft auf.

Auf dem Gebiete des Patentrechts und des Gebrauchsmusterrechts gilt als anspruchsberechtigt der erste Anmelder, auf dem Gebiete des Urheberrechts derjenige, dessen Namen auf dem Werk vermerkt ist, bei nicht mit dem wahren Namen bezeichneten Werken der Herausgeber oder Verleger.

Das materielle Recht des Urhebers gegenüber solchen von dem Gesetz als anspruchsberechtigt Anerkannten ist auf den verschiedenen Gebieten in verschiedener Weise geregelt.

Auf dem Gebiete des Patentrechts und des Gebrauchsmusterrechts wird das materielle Recht von dem Formalrecht grundsätzlich aufgesaugt. Beide Gesetze nennen den Erfinder überhaupt nicht. Der Anmelder erwirbt das Patent mit Wirkung auch gegenüber dem Erfinder, mit alleiniger Ausnahme des Falles, daß der Anmelder dem Erfinder die Erfindung entnommen und rechtswidrig angemeldet hat. Der durch rechtswidrige Entnahme Verletzte kann gegen die Erteilung des Patents Widerspruch einlegen oder Vernichtung des Patentes beanspruchen. Der Verletzte braucht jedoch nicht der Erfinder zu sein. Jedem Erfindungsbesitzer steht das gleiche Recht zu. Nur wird — nach den in der Rechtsprechung ausgebildeten Grundsätzen — bei einem Streit um das bessere Recht auf die Erfinderschaft als auf die Quelle des Rechts zurückgegangen.

Unter mehreren Anmeldern steht das Recht auf das Patent dem Erstanmeldenden zu. Zwei Patente auf die gleiche Erfindung werden nicht erteilt.

Auf dem Gebiete des reinen Urheberrechts (an Schriftwerken, Werken der Tonkunst und der bildenden Kunst) kann der wahre Urheber gegenüber dem vermuteten Urheber den Beweis seines besseren Rechts erbringen.

Auf dem Gebiete des Geschmacksmusterrechts wird der Anmelder als Urheber vermutet. Jedoch kann der Urheber sein besseres Recht jederzeit geltend machen.

Das Urheberrecht ist übertragbar, daher kann auch der Rechtsnachfolger einen Schutzanspruch geltend machen. Die Übertragung kann durch ausdrücklichen Vertrag bewirkt werden oder auf Grund stillschweigender, aus den Umständen anzunehmender Vereinbarung erfolgen; dies namentlich, wenn der Urheber in einem Dienstverhältnis steht und seine Dienstobliegenheiten auch die Überlassung seiner Schöpfungen an den Dienstgeber mit sich bringen. Dieser Grundsatz hat auf dem Gebiete des Erfindungsrechts erhebliche Bedeutung, da in vielen Fällen die Frage der rechtswidrigen Entnahme darnach zu beurteilen ist, ob die Erfindung des Angestellten auf den Dienstgeber übergegangen ist oder nicht.

Von der in Ausübung dienstlicher Obliegenheiten gemachten Erfindung ist die sogenannte Betriebserfindung zu unterscheiden, d. h. die in einem gewerblichen Betriebe gemachte Erfindung, deren Urheberschaft eine bestimmte Person nicht geltend machen kann, weil ihr Zustandekommen in wesentlicher Weise durch die Anregungen, die Organisation und die Hilfsmittel des Betriebes bestimmt worden ist. Bei einer solchen wird immer der Betriebsinhaber als der Erfinder anzusehen sein.

Auf dem Gebiete des Geschmacksmusterrechts ist von dem Gesetzgeber ausdrücklich bestimmt, daß der Betriebsinhaber, in dessen Betriebe von seinen Angestellten in seinem Auftrage oder auf seine Rechnung Muster gefertigt werden, als Urheber dieser Muster gilt.

Mehrere Miturheber besitzen ein Miturheberrecht, für dessen Regelung die Grundsätze der Gemeinschaft nach Bruchteilen maßgebend sind.

C. Die Entstehung des Urheberrechts.

Die Quelle des Urheberrechts ist die Urheberschaft. Daher entsteht grundsätzlich das Urheberrecht auch mit dem Schöpfungsakt oder genauer mit der ersten Verkörperung des Schöpfungsgedankens. Dieser Grundsatz erleidet indessen eine Ausnahme auf dem Gebiete des Formalrechts. Das Recht an einer patentfähigen Erfindung, an einem Gebrauchsmuster und einem Geschmacksmuster entsteht erst auf Grund eines Formalakts.

Um dem Formalrecht eine volle Wirkung zu geben, hat man den Schutz der Werke, für die der Formalschutz nicht geltend gemacht wurde, verkürzt. Erfindungen und Muster werden vor der Anmeldung von der Rechtsprechung nicht einmal als Gegenstände eines Rechts anerkannt. Sie werden lediglich als „Rechtsgüter" bezeichnet, gegen deren widerrechtliche Aneignung allerdings ein Schutz gewährt wird.

Die Erlangung des Formalrechts erfolgt in folgender Weise:

1. Wer ein Patent zu haben wünscht, hat einen schriftlichen Antrag bei dem Patentamt zu stellen und seine Erfindung gehörig zu beschreiben und durch Zeichnungen zu erläutern. Das Patentamt, Anmeldeabteilung (nach Vorprüfung durch den sogenannten Vorprüfer), prüft den Gegenstand der Anmeldung und macht diese, falls der Gegenstand für patentfähig befunden wird, öffentlich bekannt (durch Auslegung). Innerhalb einer Frist von zwei Monaten kann jedermann gegen die Erteilung Einspruch einlegen.

Nach Ablauf dieser Frist faßt das Patentamt Beschluß: Es weist die Anmeldung ab oder erteilt das Patent. Mit der Bekanntmachung tritt ein vorläufiger Schutz ein; die endgültige Wirkung aber erst mit der Patenterteilung. Der Beschluß der Anmeldeabteilung unterliegt der Beschwerde.

Die Patenterteilung hat rechtsbegründende (konstitutive) Wirkung. Die Erfindung ist geschützt, solange das Patent besteht. Allein das Patentamt hat über den rechtlichen Bestand des Patentes zu entscheiden.

2. Die Anmeldung des Gebrauchsmusters erfolgt in ähnlicher Weise wie die zum Patent. Jedoch wird das Gebrauchsmuster von dem Patentamt nicht geprüft. Die Eintragung findet

auf jede formgerechte Anmeldung statt. Ihre Wirkungen sind daher auch immer davon abhängig, daß das Muster von den Gerichten als schutzfähig befunden wird.

3. Ähnlich verhält es sich mit den Geschmacksmustern. Sie werden bei dem zuständigen Amtsgericht hinterlegt und ohne Prüfung angenommen.

Während jede Erfindung und jedes Gebrauchsmuster einzeln anzumelden ist, können Geschmacksmuster in größerer Zahl (bis zu 50 Stück) in versiegeltem Paket eingereicht werden.

Für die Anmeldung von Patenten, Gebrauchsmustern und Geschmacksmustern sind besondere Gebühren zu zahlen (siehe auch unten unter Dauer des Rechts S. 403).

D. Inhalt und Umfang des Rechts.

Das Urheberrecht — hierunter ist bei den gewerblichen Rechten von nun ab das Formalrecht zu verstehen — gewährt dem Berechtigten die ausschließliche Befugnis, das Werk wirtschaftlich zu nutzen.

Allerdings wird dies in keinem Gesetz in dieser Allgemeinheit ausgesprochen. Vielmehr hat es die geschichtliche Entwicklung mit sich gebracht, daß für jedes Schutzgebiet die einzelnen ausschließlichen Befugnisse des Urhebers besonders aufgeführt werden.

Hieraus ergeben sich gewisse Grenzschwierigkeiten und auch Lücken des Schutzes. Soweit aber letztere von dem Gesetzgeber nicht ausdrücklich gewollt sind, wird man davon ausgehen können, daß dem Berechtigten alle Verfügungshandlungen, die der wirtschaftlichen Nutzung des Werkes dienen, ausschließlich vorbehalten sind.

Der Umfang des Schutzes wird bestimmt durch den Gegenstand, so wie er wirklich ins Leben getreten ist oder — auf den formal geregelten Gebieten — so wie er durch den formalen Rechtsbegründungsakt festgelegt ist. Falls über die Identität des Werkes Zweifel bestehen — etwa wenn es nicht vollständig, sondern nur zum Teil oder mit Abweichungen wiedergegeben oder benutzt wurde —, ist im Hinblick auf die angebliche Nachahmung der Schutzgegenstand des Werkes zu bestimmen und abzugrenzen. Diese Prüfung hat jeweils durch Analyse des Schaffensvorganges unter Berücksichtigung der älteren Werke, von denen der Urheber ausgegangen ist, zu erfolgen.

Das Ziel der Prüfung muß immer der Vergleich mit der Nachahmung sein. Hieraus ergibt sich, daß die Prüfung nie zu absoluten, sondern daß sie immer nur zu relativen, d. h. für den besonderen Fall geltenden Ergebnissen führen kann.

Besondere Schwierigkeiten können sich bei der Prüfung der Patente ergeben, weil es sich hierbei nicht nur um die Feststellung der von dem Erfinder tatsächlich gefundenen Sache handelt, sondern auch um eine Auslegung der eigenen Willenserklärung des Anmelders und der gerichtlichen Festsetzung, die das Patentamt in der Erteilung des Patents gegeben hat.

Da den Gerichten eine Entscheidung der Frage, ob das Patent zu Recht erteilt wurde, nicht zusteht und nach Ablauf von fünf Jahren die Entscheidung des Patentamts über die Patentfähigkeit bindend und unanfechtbar wird (s. unten S. 404), so können — namentlich wenn das Patentamt Irrtümer bei der Patenterteilung begangen hat — Widerstreite zwischen dem formalen Recht und den Grundsätzen des materiellen Rechts entstehen. Wie dann zu entscheiden ist, ist eine Frage, über die in der Literatur und Rechtsprechung die Ansichten auseinandergehen. Auf der einen Seite wird im Interesse der sogenannten Rechtssicherheit gefordert, daß der Wortlaut des Patentes unbedingt maßgebend sei, ohne Rücksicht auf die wirkliche tatsächliche Lage der Technik; auf der anderen Seite wird es für unrecht und gefährlich gehalten, die Tatsachen der Technik durch formale Rechtssprüche zu fälschen. —

Eine glatte Lösung der Frage wird nie möglich sein, solange der Patenterteilung eine absolut konstitutive Wirkung gegeben wird. Die dauernd in lebendigem Fluß verharrende Technik und die täglich fortschreitende wissenschaftliche Erkenntnis lassen sich eben nicht durch formale Rechtssprüche binden, wie dies bei Rechtsverhältnissen zwischen im Streit befangenen Parteien der Fall ist.

Daher wird, wenn das Patent mit der wahren Technik im Widerspruch steht, entweder die Patenterteilung der gewollten Wirkung entkleidet oder die Allgemeinheit in der Nutzung der freien Technik zugunsten des glücklichen Patentinhabers gehemmt.

Der Zweck, dem Berechtigten die wirtschaftliche Nutzung des Werkes zu sichern, bringt es mit sich, daß sich der Schutz nicht auf solche Verfügungen über das Werk erstreckt, die lediglich in der Sphäre des persönlichen oder privaten Gebrauchs liegen.

Die Gesetzgebung verwirklicht diesen Gedanken teils dadurch, daß sie gewisse Verfügungshandlungen privater Art ausdrücklich von dem Schutze ausnimmt, teils dadurch, daß grundsätzlich dem Urheber nur die gewerbsmäßige Nutzung des Werkes vorbehalten wird.

Der Ausdruck „gewerbsmäßig" ist nicht ganz scharf. Er gibt wesentlich an, daß es sich um Verfügungen handelt, die innerhalb eines Gewerbebetriebes oder zu gewerblichen Zwecken vorgenommen werden. Darüber hinaus soll er aber auch solche Handlungen umfassen, die den Charakter der üblicherweise im Gewerbebetriebe oder zu gewerblichen Zwecken vorgenommenen Handlungen tragen. Denn auch durch solche Handlungen kann das wirtschaftliche Interesse des Berechtigten gefährdet werden.

Nicht gewerbsmäßig sind daher solche Verfügungen, welche dem Kreise des Privatlebens, des staatlichen öffentlichen Lebens oder dem Unterricht angehören. Die Gewerbebetriebe des Staates sind aber der Wirkung der Patente unterworfen.

Wohltätigkeitsveranstaltungen, wissenschaftlicher Betrieb, Kunstübung können dem rein privaten Kreise angehören; sie können aber auch eine gewerbliche Bedeutung gewinnen oder mit gewerblichen Folgen verknüpft sein.

Die Rechte des Urhebers können auch innerhalb der Grenzen der gewerbsmäßigen Nutzung Einschränkungen erleiden, teils aus besonderen rechtlichen Erwägungen, welche das Urheberrechtsprinzip durchkreuzen, teils aus Nützlichkeitsgründen, die mit besonderen Verkehrsverhältnissen zusammenhängen.

Die dem Berechtigten gemäß vorstehender Grundsätze gewährten ausschließlichen Nutzungsbefugnisse sind folgende:

1. Auf dem Gebiete des Patentrechts und des Gebrauchsmusterrechts.

Der Patentinhaber hat die ausschließliche Befugnis, den Gegenstand des Patents gewerbsmäßig herzustellen, in Verkehr zu bringen oder feilzuhalten und zu gebrauchen.

Die Herstellung kommt für körperlich darstellbare Erfindungen in Betracht.

Das Gebrauchen sowohl bei körperlichen Erfindungen als auch bei Verfahren; ebenso das Inverkehrbringen und Feilhalten.

Ein Feilhalten eines Verfahrens kann liegen in dem Anerbieten des Rezepts mit gleichzeitigem Anerbieten der zur Ausführung erforderlichen Stoffe oder Geräte.

2. Auf dem Gebiete des geistigen Urheberrechts einschließlich des Geschmacksmusterrechts.

a) Der Urheber hat die ausschließliche Befugnis, das Werk in körperlichen Exemplaren wiederzugeben, also zu vervielfältigen, nachzubilden — ein Schriftwerk oder Tonwerk abzuschreiben, zu drucken, ein Werk der Kunst (einschließlich der Muster) nachzubilden oder zu vervielfältigen. Auf die Zahl der vervielfältigten Exemplare kommt es nicht an (freigegeben ist die Einzelkopie zum persönlichen Gebrauch). Unerheblich ist es, ob die Vervielfältigung in der gleichen Darstellungsform oder in dem gleichen Wiedergabeverfahren erfolgt (Übersetzung, Adaptation, musikalisches Arrangement, Wiedergabe eines Gemäldes durch Holzschnitt oder Kupferstich, eines plastischen Werkes in graphischer Darstellung).

Bei Bauwerken gilt auch das Nachbauen als Vervielfältigung, also auch die bauliche Ausführung von künstlerischen Plänen, Zeichnungen und Abbildungen. Das Nachbauen ist auch dann unzulässig, wenn es zu eigenem Gebrauch erfolgt.

b) Als dem Urheber vorbehaltene Befugnis führt das Gesetz auch das gewerbsmäßige Verbreiten an, die Besitzübertragung an einzelnen Exemplaren auf andere. In der Regel fallen widerrechtliche Vervielfältigung und Verbreitung zusammen. Jedoch ist auch der Fall denkbar, daß jemand Vervielfältigungen, die im Auslande rechtmäßig hergestellt wurden, im Inlande widerrechtlich zur Verbreitung bringt.

Das Verleihen rechtmäßig hergestellter Exemplare unterliegt dem Urheberrecht nicht; ebensowenig das öffentliche Ausstellen.

c) Schriftwerke können auch durch öffentlichen Vortrag genutzt werden. Jedoch gewährt das Gesetz einen solchen Schutz nur für Schriftwerke, die noch nicht erschienen, also noch nicht durch eine Willensbestimmung des Urhebers im Buchhandel veröffentlicht worden sind.

d) Eine erst in neuerer Zeit aufgekommene Nutzung von Schriftwerken liegt in der Verarbeitung zum Zwecke der kinematographischen Wiedergabe. Regelmäßig handelt es sich hierbei darum, den sprachlich beschriebenen Vorgang umzusetzen in einen stummen Vorgang, der dann kinematographisch aufgenommen wird. Auch diese Nutzung ist dem Urheber vorbehalten.

e) Bei Tonwerken kommt neben der Vervielfältigung als Mittel der Verbreitung die Aufführung in Betracht. Unerlaubt ist jedoch nur diejenige Aufführung, die öffentlich ist, d. h. nicht lediglich innerhalb der Privatsphäre des Veranstalters sich abspielt. Hausmusik ist frei. Auch Aufführungen in geschlossenen Vereinen sind freigegeben, soweit nur Mitglieder oder die zu ihrem Hausstand gehörigen Personen als Hörer zugelassen werden.

Die öffentliche Aufführung ist dem Urheber auch nur insoweit vorbehalten, als sie entgeltlich ist oder gewerblichen Zwecken dient. Bei Wohltätigkeitsaufführungen wird der gewerbliche Zweck als vorhanden angesehen, wenn die Mitwirkenden eine Vergütung für ihre Tätigkeit erhalten.

f) Bühnenwerke bilden keinen besonderen Schutzgegenstand; sie sind entweder Schriftwerke oder Tonwerke. Jedoch erstreckt sich der Schutz solcher Werke auch auf die bühnenmäßige Aufführung. Wie schon erwähnt, werden die in der Person des Urhebers liegenden Schutzvoraussetzungen für Text und Musik getrennt beurteilt. Es ist also die Genehmigung jedes Berechtigten erforderlich. Nur bei Opern oder sonstigen Werken der Tonkunst, zu denen ein Text gehört, genügt zur öffentlichen Aufführung die Einwilligung des an dem Tonwerk Berechtigten, der gewissermaßen als Vertreter des Textberechtigten angesehen wird.

g) Eine besondere Bedeutung hat in den letzten Jahren die Vervielfältigung von Schrift- und Tonwerken durch mechanische Instrumente — Vorsatzinstrumente, Sprechapparate, Orchestrions usw. — gewonnen. Die Übertragung solcher Werke auf mechanische Instrumente stellt eine Vervielfältigung dar; die Vorführung des Werkes auf solchen Instrumenten eine Aufführung. Auch auf diese Wiedergaben erstreckt sich der Schutz des Urhebers, allerdings mit gewissen (unten S. 401 zu besprechenden) Einschränkungen.

h) Bühnenschöpfungen — Regieschöpfungen sind heute noch schutzlos, obwohl auch solche Werke schutzbedürftig und -würdig sind. Jedoch genießt die kinematographisch aufgenommene Anordnung eines Bühnenvorganges Schutz auch gegen Wiedergabe des Films und gegen dessen Benutzung zu öffentlichen Vorführungen.

i) Werke der bildenden Künste und der Photographie werden gegen Vorführung durch mechanische oder optische Einrichtungen, also namentlich durch Projektionsapparate, geschützt.

In territorialer Beziehung ist der Schutz des Urheberrechts auf das Gebiet des Deutschen Reiches beschränkt. Auf dem Gebiet des Patentrechts ist noch besonders ausgesprochen, daß die Wirkung des Patents sich nicht auf Fahrzeuge erstreckt, die nur im Durchgangsverkehr das Reichsgebiet berühren.

E. Beschränkungen des Urheberrechts.

Wie schon ausgeführt, unterliegt das Urheberrecht gewissen Beschränkungen, die verschiedenartigen Erwägungen entspringen.

1. Das Einzelrecht muß weichen, wo das höhere Wohl des Staatsganzen es erfordert. Demgemäß unterliegen Patente einer Art Enteignung. Der Reichskanzler kann bestimmen, daß trotz des Patentes Erfindungen für das Heer oder die Flotte oder sonst im Interesse der öffentlichen Wohlfahrt benutzt werden dürfen. Über die Höhe der dem Patentinhaber zu gewährenden Entschädigung entscheiden die Gerichte.

2. Ein das Recht aus dem Patent durchkreuzendes Recht besitzt derjenige, der eine Erfindung vor der Anmeldung zum Patent — gutgläubig — schon in Benutzung genommen hatte (Vorbenutzer). Die Anerkennung dieses Rechtes ist die notwendige Folge des Formalprinzips, wonach der Schutz dem ersten Anmelder zusteht. Es muß in Fällen der Doppelerfindung verhütet werden, daß jemand, der eine Erfindung in Benutzung nahm — ohne daß dadurch die Neuheit verloren ging, sonst kann sie ja nicht patentiert werden — und für diese Benutzung Aufwendungen gemacht hat, seines Besitzstandes beraubt werde. Es wird ihm demgemäß, unter Einschränkung des Rechtes aus dem Patent, das Recht gegeben, die Erfindung für die Bedürfnisse seines Betriebes weiter zu benutzen.

Wenn ein Künstler ein Bildnis auf Bestellung anfertigt, wird angenommen, daß der Urheber sich der Folge unterwirft, dem Besteller die Vervielfältigung des Bildnisses zu gestatten. Bei Kunstwerken darf jedoch, solange der Urheber lebt, die Vervielfältigung nur im Wege der Photographie erfolgen.

3. Eine weitere Schranke des Urheberrechts bildet die Rücksicht auf gewisse Verkehrsgewohnheiten, denen jeder Urheber, der mit seinem Werk in die Öffentlichkeit tritt, sich unterwerfen muß. Allerdings wird diese Rücksicht in einigen Fällen auch erweitert auf die Interessen gewisser Unternehmerkreise, deren Wohlfahrt das Recht der Urheber geopfert wird.

Ein berechtigtes Zugeständnis an die Bedürfnisse des Schrifttums bedeutet die Freiheit des Zitats, d. h. der Anführung einzelner Stellen aus Schriftwerken in selbständigen literarischen Arbeiten, die Aufnahme kleinerer Aufsätze, Dichtungen oder Kompositionen in wissenschaftliche Arbeiten und die Aufnahme einzelner Werke der bildenden Kunst, Photographien oder Abbildungen zur Texterläuterung wissenschaftlicher oder Unterrichtswerke. Ähnliche Vergünstigungen werden auch gewährt den Veranstaltern von Liedersammlungen für Gesangsvorträge oder für Sammlungen für den Kirchen-, Schul- oder Unterrichtsgebrauch.

Schwerer zu rechtfertigen ist die Freigabe kleinerer Schriftwerke in Sammlungen zu einem eigentümlichen literarischen Zweck. Meist handelt es sich hierbei um reine Verlagsunternehmen (Anthologien u. dgl.). Allerdings wird für solche Entlehnungen eine Einwilligung des Urhebers erfordert; aber sie gilt als erteilt, wenn der Urheber nicht binnen eines Monats nach Mitteilung Widerspruch eingelegt hat.

Bei allen diesen Entlehnungen wird Quellenangabe vorgeschrieben; auch ist eine Änderung des Werkes, soweit sie sich nicht aus dem Zweck der Entlehnung ergibt, untersagt.

4. Die Rechte der Dichter erleiden eine erhebliche Einbuße im Interesse der Tonkunst. Es wird nämlich die Benutzung kleinerer Dichtungen — mit Ausnahme solcher, die ihrer Gattung nach zur Komposition bestimmt sind — wie z. B. Libretti —, zur Vertonung und zur Wiedergabe des Textes für den ausschließlichen Gebrauch der Hörer freigegeben.

Dafür haben die Komponisten ihre Werke zur öffentlichen Aufführung bei Volksfesten (mit Ausnahme der Musikfeste) freizugeben.

5. Rein wirtschaftspolitischen Erwägungen sind die Einschränkungen entsprungen, die das Recht des Komponisten auf mechanische Wiedergabe seiner Werke erleidet.

Um zu verhüten, daß die Gewährung eines umfassenden Rechtes der mechanischen Wiedergabe an die Komponisten zu einer Monopolisierung der ganzen modernen Musikschöpfungen in der Hand einiger großen Fabriken führe, wird den Komponisten eine Zwangslizenz auferlegt. Sobald nämlich ein Urheber einmal die Genehmigung zur Vervielfältigung seines Tonwerkes durch mechanische Instrumente erteilt hat, ist er verpflichtet, anderen gegen angemessene Vergütung die gleiche Erlaubnis zu erteilen. Über die Angemessenheit der Vergütung entscheiden die Gerichte. Das gleiche gilt von Tonwerken, zu denen ein Text gehört, vorausgesetzt, daß der Verfasser des Textes die mechanische Wiedergabe einmal genehmigt hat.

Das Recht der Aufführung durch mechanische Vorrichtungen haftet an dem Recht der mechanischen Vervielfältigung.

6. Schwer zu verstehen ist die Freigabe der graphischen Wiedergabe von Kunstwerken, die an öffentlichen Plätzen und Straßen dauernd aufgestellt sind. Denn sie dient nur der Verbreitung billiger und schlechter Reproduktionen. Die Herausgabe guter und preiswerter Nachbildungen wird durch diese gesetzliche Vorschrift erschwert.

F. Die Übertragung des Urheberrechts.

Das Urheberrecht kann unter Lebenden oder von Todes wegen auf andere übertragen werden. Die Übertragung vollzieht sich auf formlose Weise.

Indessen bringt es der formale Charakter des Patentrechtes und des Gebrauchsmusterrechtes mit sich, daß die Rechtsnachfolge in solche Rechte gegenüber dem Patentamt und gegenüber Dritten erst dann wirksam sind, wenn der Übergang in den Registern des Patentamts vermerkt worden ist. Damit soll verhütet werden, daß jemand, der nicht als Patentinhaber eingetragen ist, Rechte aus dem Patent geltend machen könne. Da das Buchrecht aber nicht folgerichtig ausgebildet ist, und auch die formlose Übertragung an sich rechtsgültig ist, so kann ein gutgläubiger späterer Erwerber des Patentes erheblich geschädigt werden.

Die Übertragung des Patentes oder des Gebrauchsmusters hat den Übergang sämtlicher ausschließlichen Befugnisse, die den Inhalt des Patentes ausmachen, zur Folge.

Bei dem geistigen Urheberrecht dagegen — mit Ausnahme des formalen Geschmacksmusterrechts — gehen im Falle der Übertragung des Urheberrechts nicht alle ausschließlichen Befugnisse des Urhebers auf den Erwerber über.

Es verbleiben noch bei dem Urheber die ausschließliche Befugnis der Übersetzung, der dramatischen Bearbeitung eines Prosawerkes (oder umgekehrt), der Bearbeitung eines Werkes der Tonkunst (mit Ausnahme von Auszügen und einfachen Arrangements), der mechanischen und kinematographischen Wiedergabe eines Schriftwerkes.

Der Grund für diese Vorschriften ist sozialpolitischer Art. Es soll dadurch dem Mißbrauch entgegengewirkt werden, daß Unternehmer sich von Urhebern mit einem Federstrich ihre gesamten Rechte abtreten lassen, ohne daß diese bei der gewährten Vergütung oder aus dem ihnen bekannten Vertragszweck sich über die Tragweite der von ihnen geforderten Rechtsübertragung eine Vorstellung machen können.

Das Urheberrecht kann mit dinglichen Rechten — Pfandrecht, Nutznießung — belastet werden. Eine besondere Bedeutung gewinnen die mit den Urhebern abgeschlossenen Verwertungsverträge, die im Hinblick auf den besonderen Zweck — bei größerer oder geringerer Beschränkung — die verschiedensten Formen annehmen können (Lizenz- und Verlagsverträge, Aufführungsverträge). Der Inhalt dieser Verträge erstreckt sich von der einfachen Bewilligung einer Nutzung — unter Verzicht auf das Verbotsrecht — bis zu der der Übertragung des Vollrechts gleichkommenden Einräumung aller ausschließlichen Befugnisse des Urhebers.

Der Inhalt solcher Verträge unterliegt der freien Vereinbarung der Parteien, die bei Lücken oder in Zweifelsfällen durch die Verkehrsübung ersetzt wird.

Auf dem Gebiete des Schriftwerks- und Musikverlags ist dieses Herkommen durch ein besonderes Gesetz, das Verlagsrechtsgesetz vom 19. Juni 1901 festgelegt worden. Der Inhalt dieses Gesetzes ist dispositiver Natur.

Als Verlagsvertrag gilt der Vertrag, durch den der Urheber einem Verleger ein Werk zur Vervielfältigung und Verbreitung überläßt und der Verleger sich verpflichtet, das Werk auf eigene Rechnung zu vervielfältigen und zu verbreiten.

Damit verzichtet, vorbehaltlich anderweiter Abmachung, der Urheber auf die eigene Verfügung über sein Werk, ausgenommen die Übersetzung, die Dramatisierung oder Prosaübertragung, die Bearbeitung eines Tonwerks (mit Ausnahme von Auszügen und einfachen Arrangements), die mechanische und kinematographische Wiedergabe des Werkes. Über diese Verfügungen muß eine besondere Vereinbarung getroffen werden. Unterbleibt sie, so bleibt das ausschließliche Recht der Verfügung hinsichtlich dieser Nutzungen dem Verfasser.

Die Bewilligung der Vervielfältigung und Verbreitung ist aber für den Verleger zwecklos, wenn er nicht zugleich einen selbständigen Schutz gegen Dritte genießt. Zu diesem Zwecke hat der Verfasser dem Verleger das ausschließliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung zu verschaffen.

In der Begründung dieses sogenannten Verlagsrechtes (im engeren Sinne) liegt eine Überlassung der Ausübung des Urheberrechts, das als leere Schale bei dem Verfasser zurückbleibt.

Das Verlagsgesetz regelt noch zahlreiche Einzelheiten der Ausführung des Verlagsvertrages, namentlich auch die Frage des Rücktritts, wenn der eine oder der andere Teil seiner Vertragspflicht nicht nachkommt.

Zu bemerken ist noch, daß das Verlagsrecht — unter gewissen Beschränkungen — für übertragbar erklärt ist.

Besondere Bestimmungen enthält das Gesetz über die Überlassung von Beiträgen für Zeitschriften und Zeitungen. Im Zweifel behält der Verfasser das Recht, über seinen Beitrag sofort noch anderweit zu verfügen. Bei Zeitschriften hat er dieses Recht nach Ablauf des Kalenderjahres, in dem sein Beitrag erschienen ist.

Für das Kunstverlagsrecht bestehen gesetzliche Vorschriften noch nicht. Im allgemeinen wird man den Inhalt eines Kunstverlagsvertrages nach dem besonderen Zweck des Vertrages bestimmen. Danach wird auch zu entscheiden sein, wie weit die dem Verleger eingeräumten Befugnisse und ausschließlichen Befugnisse reichen. Soweit diese Befugnisse ausschließlicher Art sind, wird auch die Begründung eines dinglich wirkenden Verlagsrechts anzunehmen sein.

Auf dem Gebiete des gewerblichen Urheberrechts spielt der sogenannte Lizenzvertrag die Hauptrolle, der Vertrag, durch den der Patentinhaber einem anderen die Nutzung der patentierten Erfindung — mit oder ohne sachliche oder räumliche oder zeitliche Beschränkung — einräumt.

Einfache Lizenzverträge sind solche, durch welche der Patentinhaber dem anderen gegenüber lediglich auf die Ausübung seines Verbotsrechts verzichtet.

Der Bestellung ausschließlicher Lizenzen wird meist eine dingliche Wirkung zukommen.

Es ist zu hoffen, daß die in der Literatur noch viel umstrittene Materie des Lizenzrechts bald eine gesetzliche Regelung erfahre.

G. Die Dauer und die Endigung des Urheberrechts.

Wie schon oben ausgeführt, ist die Dauer des Urheberrechts zeitlich beschränkt. Die gewerblichen Schutzrechte haben der Natur der Sache nach ein kürzeres Leben als die geistigen.

Bei den gewerblichen Schutzrechten kommt noch dazu, daß der formale Charakter des Rechtes eine besondere Regelung mit sich bringt.

1. Die Dauer der geistigen Urheberrechte bemißt sich nach der Lebensdauer des Urhebers. Sie währt bis zum Ablauf von 30 Jahren nach dem Todesjahre des Urhebers; für nachgelassene Werke gelten besondere Bestimmungen. —

Pseudonyme und anonyme Werke werden 30 Jahre nach Ablauf des Erscheinungsjahres geschützt. Doch tritt auch für solche Werke die normale Dauer ein, wenn der Name des Urhebers innerhalb dieser 30jährigen Frist angegeben oder von dem Berechtigten zu der von dem Stadtrat in Leipzig geführten Eintragsrolle angemeldet wird. (Das ist die einzige Formalität, die auf dem Gebiete des geistigen Urheberrechts vorgesehen ist.)

Der gewerbliche Charakter des Photographieschutzes tritt in der kurzen Bemessung der Schutzfrist zutage. Sie dauert nur 10 Jahre nach Ablauf des Erscheinungsjahres oder bei nicht veröffentlichten Werken 10 Jahre von dem Todesjahr des Urhebers ab.

2. Die Geschmacksmustereintragung kann nur für eine Höchstdauer von 15 Jahren erfolgen. Jedoch ist auch eine Hinterlegung für kürzere Fristen zulässig, je nach der Höhe der gezahlten Gebühren.

Für die Eintragung eines Musters (oder eines Pakets bis zu 50 Mustern) wird für die ersten 3 Jahre eine Gebühr von 1 Mark für jedes Jahr erhoben. Für die Zeit vom 4. bis 10. Jahre ist für jedes einzelne Muster eine Jahresgebühr von je 2 Mark, für die Zeit vom 11. bis zum 15. Jahre von je 3 Mark zu zahlen.

Ob die vorzeitige Löschung eines nicht schutzfähigen Musters zulässig ist, ist bestritten.

3. Die Höchstdauer der Patente ist ebenfalls von vornherein begrenzt, und zwar auf 15 Jahre von der Anmeldung ab. Da die Schutzwirkung erst mit der Bekanntmachung eintritt, so verkürzt sich die Dauer des tatsächlichen Schutzes um die zwischen der Anmeldung und der Bekanntmachung liegende Zeit.

Die Höchstdauer erreichen indessen nur die allerwenigsten Patente. Tatsächlich erlöschen die meisten schon erheblich früher, aus dem Grunde, daß das Dasein des Patentes an die fortdauernde Zahlung jährlicher Gebühren geknüpft wird.

Die Patentgebühren stellen nicht sowohl einen Entgelt für eine staatliche Leistung dar — seine Hauptleistung liegt ja in der Prüfung —, sondern eine Steuer von dem angenommenen Wert des Patentes. Und zwar liegt der Gebührenbemessung der Gedanke zugrunde, daß jeder Patentinhaber durch die Gebühren zur jährlich wiederkehrenden Prüfung angeregt werden soll, ob sein Patent, durch welches die Freiheit der Nutzung der technischen Kenntnisse beschränkt wird, die Ausgabe der Gebühr noch lohnt. Aus dieser Erwägung sind die Patentgebühren jährlich steigend angesetzt. Die Gebühr für das erste Jahr — neben der Anmeldungsgebühr von 20 Mark — beträgt 30 Mark, für das zweite Jahr 50 Mark, für das dritte Jahr 100 Mark, und so weiter, für jedes weitere Jahr um je 50 Mark steigend bis zu dem Gesamtbetrage von 5280 Mark für die Höchstdauer von 15 Jahren.

Diese Gebühren sind für alle normalen Patente zu zahlen. Eine Ausnahme gilt nur für die sogenannten Zusatzpatente, die dem Patentinhaber für neuere Ausführungsformen oder Weiterbildungen eines früheren Patents gewährt werden. Die Zusatzerfindungen müssen grundsätzlich die gleichen Voraussetzungen erfüllen wie die Hauptpatente. Nur daß sie, wenn sie das angedeutete Zusatzverhältnis zu dem Hauptpatent aufweisen, als Gegenstand von Zusatzpatenten von besonderen Jahresgebühren befreit sind. Die normale Dauer der Zusatzpatente richtet sich nach der des Hauptpatents. Der vorzeitige Verfall des Hauptpatents zerstört aber nicht das Zusatzpatent, sondern nur die Zusatzeigenschaft dieses letzteren.

Die Gebühr wird fällig jeweils mit der Wiederkehr des Anmeldetages. Für die Zahlung sind zwei Fristen von je sechs Wochen eingeräumt. Nach Ablauf der ersten Frist ist Nachzahlung mit einem Zuschlag von 10 Mark zulässig. Verstreicht auch die zweite Frist, ohne daß die Zahlung erfolgt, so verfällt das Patent.

Der formale Charakter des Patentrechts bringt neben dem Verfall wegen Unterlassung der Gebührenzahlung einige weitere vorzeitige Erlöschungsgründe mit sich, die Vernichtung und die Zurücknahme.

Die Vernichtung unterscheidet sich von der Zurücknahme dadurch, daß, während die Zurücknahme nur für die Zukunft wirkt, die Vernichtung die Erteilung des Patentes rückgängig macht.

Die Vernichtung tritt ein, wenn das Patent nicht erteilt werden durfte, das Patent somit nur ein Scheinpatent ist, also:

a) wenn die Erfindung nicht patentfähig ist;

b) wenn sie mit dem Gegenstand eines früher angemeldeten Patents übereinstimmt;

c) wenn der Gegenstand des Patentes einem anderen rechtswidrig entnommen ist.

Da die Frage der Patentfähigkeit vor der Erteilung des Patents von dem Patentamt geprüft wird, so tritt die Vernichtung wegen mangelnder Patentfähigkeit grundsätzlich immer nur dann ein, wenn das Patentamt sich geirrt und das Patent zu Unrecht erteilt hat, ein Irrtum, der übrigens im System unseres Patentrechts seine Entschuldigung findet, da natürlich keine Behörde der Welt alle patenthindernden Veröffentlichungen oder alle offenkundigen Vorbenutzungshandlungen im Inlande kennen kann.

Da die Möglichkeit steter Angriffe auf das Patent für den Patentinhaber eine Quelle steter Beunruhigung und Unsicherheit ist und nach längeren Zeiträumen ein Rückgehen auf den Stand der Technik zur Zeit der Anmeldung Schwierigkeiten bereitet, ist im Gesetz bestimmt, daß die Erhebung der Nichtigkeitsklage — wegen mangelnder Patentfähigkeit — nach Ablauf von fünf Jahren nach Erteilung des Patents unstatthaft sein soll.

So vernünftig die Gründe für Einführung dieser sogenannten Präklusivfrist sind, so sehr ist diese zeitliche Beschränkung der Nichtigkeitsklage geeignet, die grundsätzlichen Nachteile der rechtsbegründenden Wirkung der Patenterteilung zu verstärken. Der Zwang, ein zu Unrecht erteiltes Patent — etwa weil die Erfindung nicht mehr neu war — als rechtsbeständig anzuerkennen, führt die Gerichte notwendig — aus ethischem Zwang — zu einer einschränkenden Auslegung der Patente.

Die Vernichtung des Patents wirkt zurück bis zum Zeitpunkt des Eintritts des vorläufigen Schutzes (Zeitpunkt der Bekanntmachung). Damit werden auch alle inzwischen auf Grund des Patentes entstandenen Rechtsverhältnisse anfechtbar, jedoch nicht die Rechtsfolgen, die sich aus der Tatsache des zeitweiligen Bestehens eines Ausschlußrechtes ergeben.

Die Zurücknahme von Patenten ist vorgesehen aus Gründen, deren Erklärung in den gewerbepolitischen Erwägungen liegt, welche die neuzeitliche Patentgesetzgebung beherrschten. Aus der Vorstellung, daß das Patent ein zur Belebung der heimischen Industrie gewährtes Privileg darstelle, entwickelte sich der Gedanke, daß der Patentinhaber verpflichtet sei, den Gegenstand seines Patentes auch innerhalb gewisser Zeit zur Ausführung zu bringen, widrigenfalls das Patent der Zurücknahme unterliege. Dieser sogenannte Ausführungszwang, der auch in das Patentgesetz von 1877 Eingang fand und in der Patentnovelle von 1891 aufrechterhalten wurde, ist indessen in neuerer Zeit als unnötig und schädlich befunden worden; als unnötig, weil eine rege Industrie des Ansporns des Ausübungszwanges nicht bedarf, um brauchbare Erfindungen der Praxis zuzuführen, als schädlich, weil die stete Gefahr einer Zurücknahmeklage den Wert der Patente schwächt.

Diese Erkenntnis führte zu dem Gesetz vom 6. Juni 1911, durch welches der Ausführungszwang praktisch beseitigt wurde.

Den einzigen Rest, der von dem Ausführungszwang zurückgeblieben ist, enthält die Bestimmung, daß ein Patent zurückgenommen werden kann, wenn der Gegenstand des Patentes ausschließlich oder hauptsächlich außerhalb des Deutschen Reiches ausgeführt wird. Es handelt sich also um eine — lediglich zu Vergeltungszwecken gegenüber dem Ausland eingeführte — Schutzvorschrift im Interesse der deutschen Industrie, von der in Fällen einer durch Staatsverträge gesicherten Gegenseitigkeit einzelnen Ländern gegenüber Befreiung gewährt werden kann.

Ein eigentlicher Ausführungszwang besteht aber nicht mehr. Wird die Erfindung überhaupt nicht ausgeführt, hat dies auf den Bestand des Patentes keinen Einfluß.

An Stelle des Ausführungszwanges ist die Zwangslizenz getreten. Schon unter dem Gesetz von 1891 konnte ein Patent zurückgenommen werden, wenn der Patentinhaber es dem öffentlichen Interesse zuwider unterließ, anderen auf Ersuchen zu angemessenen Bedingungen Lizenzen zu gewähren (Lizenzzwang). Die Möglichkeit der Zurücknahme des Patents wegen Lizenzverweigerung ist durch das Gesetz von 1911 beseitigt worden. Dagegen kann im Falle unbegründeter Lizenzverweigerung aus Gründen des öffentlichen Interesses einem Lizenzsucher gegen angemessene Vergütung die Berechtigung zur Benutzung der Erfindung zugesprochen werden.

Die Nichtigkeitsklage — die in den oben genannten Fällen a und b Popularklage ist und im Falle der rechtswidrigen Entnahme nur von dem Verletzten angestrengt werden kann — und die Klage auf Zwangslizenz — eine Popularklage — werden bei dem Patentamt eingereicht (Nichtigkeitsabteilung), das in erster Instanz entscheidet. Die Berufung gegen die Entscheidung des Patentamtes geht an das Reichsgericht.

4. Gebrauchsmuster können zunächst gegen Zahlung einer Gebühr von 15 Mark auf drei Jahre eingetragen werden. Bei Zahlung einer weiteren Gebühr von 60 Mark tritt eine Verlängerung der Schutzfrist um weitere drei Jahre ein. Die Höchstdauer von sechs Jahren kann nicht überschritten werden.

Die Löschung eines Gebrauchsmusters kann jederzeit herbeigeführt werden. Ist der Gegenstand eines eingetragenen Gebrauchsmusters nicht schutzfähig — keine Erfindung, nicht neu, nicht modellfähig — so kann jeder Dritte vor den ordentlichen Gerichten auf Löschung klagen. Spricht das Gericht die Löschungsbewilligung aus, so hat das Patentamt die Eintragung in der Gebrauchsmusterrolle zu löschen. Die Entscheidung, durch die die Eintragung für begründet erklärt wird, wirkt nur zwischen den Parteien. Sie ist daher der Patenterteilung nicht gleichzustellen. Jeder wegen Verletzung Beklagte kann den Nichtigkeitseinwand in Form einer Widerklage auf Löschung erheben.

H. Der Rechtsschutz des Urheberrechts.

Die Urheberrechte sind zivil- und strafrechtlich geschützt.

Die objektive Verletzung begründet in allen Fällen einen Anspruch auf Unterlassung.

Wissentliche oder fahrlässige Verletzung begründet einen Schadensersatzanspruch. — Bei Patenten und Gebrauchsmustern wird die Schadensersatzpflicht von dem Vorhandensein einer groben Fahrlässigkeit, also einer gesteigerten Außerachtlassung der verkehrsüblichen Sorgfalt, abhängig gemacht.

Die wissentliche Verletzung eines Urheberrechts ist strafbar.

I. Der Persönlichkeitsschutz im Urheberrecht.

Im Laufe der neueren Rechtsentwicklung drängt sich mehr und mehr der Gedanke vor, den Schutz der Person in ihrer sozialen und wirtschaftlichen Betätigung in den Rahmen des bürgerlichen Rechts einzubeziehen, also auch die nicht wirtschaftlichen Interessen der Persönlichkeit in den Kreis der Rechtsgüter aufzunehmen, die ohne Rücksicht auf das öffentliche Interesse — allein schon im Verkehr von Mensch zu Mensch — einen Rechtsschutz finden.

Das Persönlichkeitsrecht äußert im gewerblichen Leben seine Wirkung namentlich auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts — einschließlich des Zeichenrechts —, das außerhalb des Rahmens dieser Darstellung liegt.

Indessen sind an dieser Stelle diejenigen Grundsätze und Bestimmungen zu erwähnen, die mit dem Urheberrecht auf das engste zusammenhängen und zum Teil mit den Bestimmungen über das Urheberrecht vermischt sind.

Letzterer Umstand hat die Erkenntnis des selbständigen Charakters des Persönlichkeitsrechts erschwert und die Vorstellung geweckt, das Urheberrecht sei überhaupt seinem Kerne nach ein Persönlichkeitsrecht (siehe Einleitung S. 386), oder das Persönlichkeitsrecht sei nur eine Seite des vorwiegend vermögensrechtlichen Urheberrechts. Letzteres ist aber ein methodischer oder terminologischer Fehler, der namentlich zu unrichtigen praktischen Schlußfolgerungen führt.

Das wesentliche Merkmal aller Persönlichkeitsrechte ist, daß sie an der Persönlichkeit haften, und somit — ihrer Natur nach — unübertragbar sind und mit der Persönlichkeit untergehen.

Das Persönlichkeitsrecht ist grundsätzlich unverzichtbar. Es ist aber andererseits selbstverständlich, daß sich niemand unter Berufung auf sein Persönlichkeitsrecht mit seinen eigenen rechtsverbindlichen Handlungen in Widerspruch setzen darf, daß man nicht auf Grund des Persönlichkeitsrechts wider Treu und Glauben verstoßen darf.

Die Quelle des Persönlichkeitsrechts des Urhebers liegt in der Urheberschaft, d. h. in dem Umstand, daß der Urheber in seinem Werk und durch sein Werk handelnd in die Öffentlichkeit tritt.

Damit entsteht zwischen dem Urheber und seinem Werk ein unzerstörbares Band, eine enge Beziehung, in die kein anderer störend eingreifen, in die sich kein Dritter einschieben darf.

Der Persönlichkeitsschutz des Urhebers ist stärker oder schwächer, je nachdem die Persönlichkeit in seinem Werk stärker oder schwächer hervortritt.

1. Erfindungen sind, wie wir gesehen haben, unpersönliche Schöpfungen, deren Eigenart durch die Zweckbestimmung, aber nicht durch die Person des Erfinders bedingt ist.

Sobald daher die Erfindung von dem Erfinder losgelöst ist, tritt sie in den Kreis des allgemeinen technischen Wissens ein. An dem Stoff der Erfindung haftet nichts Persönliches. Sie mag von anderen ausgebaut oder verbessert oder sonst umgestaltet werden. Der Erfinder kann sich dem, soweit nicht rein wirtschaftliche Nutzungsrechte auf dem Spiele stehen, nicht widersetzen.

Anders steht es, solange die Erfindung seiner Geheimsphäre angehört. Der Erfinder ist auf Grund seines Persönlichkeitsrechts dagegen geschützt, daß andere seine Erfindung vorzeitig veröffentlichen, sei es, daß sie sich die Erfindung auf rechtswidrigem oder unlauterem Wege aneignen, sei es, daß sie das Vertrauen des Erfinders mißbrauchen.

Die rechtswidrige Aneignung der nicht offenkundig gewordenen Erfindung fällt mit der Verletzung des unvollkommenen Urheberrechts an der Erfindung zusammen (s. S. 397); die Entziehung der Erfindung aus der Geheimsphäre des Erfinders und der Vertrauensmißbrauch gehören dem Wettbewerbsrecht an. Ein Schutz kann daneben auch auf Grund der §§ 823 und 826 BGB. beansprucht werden.

Unabhängig von der Verfügung über die Erfindung bleibt der Zustand der Erfinderschaft bestehen.

Auf eine ausdrückliche Anerkennung der Erfinderschaft steht dem Erfinder nach geltendem Recht ein Recht nicht zu (siehe aber Anhang S. 411). Wohl aber kann er auf Feststellung seiner Erfinderschaft klagen, wenn er aus besonderen Umständen ein rechtliches Interesse an dieser Feststellung besitzt, wenn sich also besondere Rechtsfolgen an diese Feststellung knüpfen können.

2. Viel weiter reicht der Schutz der Persönlichkeit auf dem Gebiete des reingeistigen Schaffens.

Denn zu der Tatsache der Urheberschaft tritt noch der Umstand, daß der Urheber in seinem Werk und durch sein Werk wirkend in die Öffentlichkeit tritt, daß seine Schöpfung eine dauernde Verkörperung seiner Persönlichkeit darstellt (s. S. 383 f.).

Er ist also nicht nur geschützt gegen jede vorzeitige öffentliche Mitteilung seines Werkes und gegen Bestreitung seiner Urheberschaft. Er kann sich auch jeder nicht genehmigten Änderung des Werkes widersetzen, da darin eine Fälschung seines persönlichen Wirkens liegt.

Der Schutz gegen unbefugte Änderung des Werkes — durch Kürzungen, Zusätze oder sonstige Bearbeitungen — liegt an und für sich auch schon in dem Urheberrecht. Denn dieses Recht ergreift das Werk in seinem vollen Bestande. Auch der Rechtsnachfolger des Urhebers, etwa der Erwerber des Urheberrechts, wie auch der Inhaber des Verlagsrechts, kann eine Änderung des Werkes ebensogut untersagen, wie eine sonstige unbefugte Vervielfältigung oder öffentliche Wiedergabe.

Die Anerkennung des Persönlichkeitsrechts hat aber die weitere Folge, daß auch der Erwerber des Urheberrechts ohne Einwilligung des Urhebers keine Änderung an dem Werke vornehmen darf.

Ohne Einwilligung! Seine natürliche Grenze findet das Persönlichkeitsrecht des Urhebers in den Änderungen, die er selbst ausdrücklich zugestanden hat, oder die er angesichts des ihm bekannten Vertragszwecks dem Erwerber des Rechts oder seinem Lizenznehmer nach Treu und Glauben nicht versagen darf.

Das Persönlichkeitsrecht umfaßt nicht nur das unkörperliche Werk, wie es Gegenstand des Urhebers ist, sondern auch die einzelnen Verkörperungen, namentlich das Original (z. B. eines Werkes der Kunst).

Hier stößt sich allerdings das Persönlichkeitsrecht an dem Recht des Erwerbers der Verkörperung, über deren Stoff zu verfügen.

Der Eigentümer einer Sache darf die Sache nach Gutdünken behandeln; er darf sie zerstören oder abändern. Allein diese Handlungen dürfen nicht das öffentliche Wirken des Urhebers fälschen. Daher darf das abgeänderte Werk nicht als Werk des Urhebers der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden.

Gehört es als notorisches Werk des Urhebers der Öffentlichkeit an, darf es überhaupt nicht geändert werden.

Handelt es sich um Werke, die der Urheber in dem Bewußtsein abgibt, daß der Zweck der Übereignung auch die Befugnis des Erwerbers zu beliebigen Änderungen in sich schließt, wie z. B. bei Bauwerken, kann der Urheber verlangen, daß sein Name mit dem abgeänderten Werk nicht in Verbindung gebracht, also z. B., daß seine Namensbezeichnung von dem Werk entfernt werde. Bei Veröffentlichung des Werkes kann er verlangen, daß die Veränderungen als nicht von ihm stammend kenntlich gemacht werden.

Was von der Erscheinung des Werkes gilt, gilt auch von der Urheberbezeichnung. Eine solche darf ohne Einwilligung des Urhebers weder angebracht noch geändert, noch abgeändert werden.

Das Verbot der Änderung des Werkes oder der Benutzung gilt auch für solche Vervielfältigungen, die der Urheber auf Grund gerichtlicher Vorschriften anderen nicht untersagen kann.

Der Persönlichkeitsschutz erlischt mit dem Tode des Urhebers, da dritte Personen, Erben oder Angehörige, die Person nicht fortsetzen und auch keine öffentliche Behörde zur Wahrung der Interessen eines Verstorbenen bestellt werden kann. Daß das Persönlichkeitsrecht mit dem Tode des Urhebers erlösche, wird bestritten. Es wird z. B. den Nachkommen des Urhebers das Recht zugesprochen, nachträglich Änderungen des Werkes zu untersagen. Das kann auch in gewissen Fällen berechtigt sein, wenn nämlich in dem Werk des Vorfahren die Familienehre getroffen wird. Allein wer soll eingreifen, wenn die Nachkommen das Werk selbst lieblos entstellen? —

3. Innerhalb des formalen Geschmacksmusterrechts gibt es kein weiteres Persönlichkeitsrecht als es dem Erfinder zusteht. Allein soweit Geschmacksmuster als kunstgewerbliche Erzeugnisse anzusehen sind, greift der Persönlichkeitsschutz des künstlerischen Urheberrechts Platz.

K. Der internationale Schutz.

An und für sich sollte man meinen, daß der Schutz der unkörperlichen Güter und der Urheberpersönlichkeit jedem ohne Ansehen seiner Zugehörigkeit zu dem Lande, in dem ein Schutz beansprucht wird, gewährt werden müßte. Allein die historische Entwicklung hat es mit sich gebracht, daß man für den Schutz staatliche Schranken aufgerichtet hat. In alter Zeit gewährte man die besondere Gunst eines Urheberschutzes nur den Landeskindern. In neuerer Zeit sind auch Länder mit freieren Anschauungen gezwungen, Ausländern den Schutz zu versagen, um den eigenen Angehörigen im Auslande einen Schutz erhandeln zu können.

Der gegenwärtige internationale Schutz wird teils durch Gegenseitigkeitsbestimmungen der inneren Gesetzgebung, teils — in neuerer Zeit überwiegend — durch Staatsverträge gewährt.

1. Nach Reichsrecht sind die in der Landeszugehörigkeit des Urhebers liegenden Voraussetzungen folgende:

Da das Patentrecht die erfinderische Tätigkeit beleben und Technik und Industrie fördern soll, wird zwischen in- und ausländischen Erfindern oder Patentanmeldern ein Unterschied nicht gemacht. Der Ausländer kann ebenso wie der Inländer in Deutschland ein Patent nehmen und einen Schutz dafür beanspruchen. Das Patentgesetz sieht zwar vor, daß zum Zwecke der Vergeltung durch Beschluß des Bundesrats Ausländern der Schutz entzogen oder beschnitten werden kann. Diese Bestimmung ist aber noch nicht praktisch geworden.

Auf dem Gebiete des Gebrauchsmusterrechts ist der Gesetzgeber schon weniger großzügig. Da ein Gebrauchsmusterschutz außerhalb Deutschlands (und Japans) nicht besteht, wird grundsätzlich der Schutz nur auf solche Personen beschränkt, die in Deutschland ihren Wohnsitz oder ihre gewerbliche Niederlassung haben.

Die Wohltaten der Gesetze über geistiges Urheberrecht werden den Reichsangehörigen und dem inländischen Verlag vorbehalten; letzteres in der Weise, daß auch solche ausländischen Urheber, die ihr Werk zuerst in Deutschland erscheinen lassen — genauer, nicht vor der Veröffentlichung in Deutschland im Ausland erscheinen lassen; gleichzeitiges Erscheinenlassen im In- und Auslande genügt — den Schutz der Reichsgesetzgebung genießen.

Auf dem Gebiete des Geschmacksmusterrechts ist die Gewerbezugehörigkeit der Staatsangehörigkeit gleich. Der Schutz erstreckt sich auch auf ausländische Urheber, die im Inland ihre gewerbliche Niederlassung haben. Zu bemerken ist noch, daß der Geschmacksmusterschutz sich auf die im Inlande gefertigten Erzeugnisse beschränkt, so daß die Einfuhr von im Auslande hergestellten Erzeugnissen den Schutz aufhebt.

2. Das Bedürfnis, den Urheberschutz auch über die Landesgrenzen zu erstrecken und den internationalen Schutz wirksam zu gestalten, hat zu dem Abschluß von Staatsverträgen geführt.

Die ersten dieser Verträge wurden von Land zu Land abgeschlossen. Allmählich machte sich das Bedürfnis geltend, das Netz der zwischen zahlreichen Ländern bestehenden Verträge durch Schaffung größerer Staatenverbände zu ersetzen, die durch eine gemeinsame Übereinkunft ein einheitliches internationales Recht schaffen.

Das gewerbliche und das geistige Urheberrecht sind infolge der Besonderheit der in Betracht kommenden wirtschaftlichen und politischen Verhältnisse Gegenstand getrennter Vertragsregelung geworden.

Innerhalb des europäischen Kulturkreises wird das internationale Urheberrecht durch zwei Verbandsübereinkünfte festgelegt, die beide in den achtziger Jahren des 19. Jahrhunderts gegründet wurden. Aus kleinen Anfängen erwachsend, haben sie allmählich ihren Kreis erweitert.

Die ersten Übereinkünfte waren Versuche, die infolge der Unvollkommenheit der Gesetzgebung der meisten Verbandsstaaten zunächst ziemlich dürftig waren. Es wurde daher von Anfang an in Aussicht genommen, die ursprünglichen Konventionen allmählich durch Abhaltung periodischer Revisionskonferenzen auszubauen. Da eine Erweiterung einer Verbandsübereinkunft der Zustimmung sämtlicher Länder bedarf, und eine Verbesserung durch den Widerspruch schon eines einzigen Landes unmöglich wird, hat man sich geholfen, innerhalb der größeren Verbände beschränkte Verbände zu schaffen, denen diejenigen Staaten angehören, die die von den Revisionskonferenzen gefaßten Beschlüsse ratifizieren. Dies führt dazu, daß die ursprünglichen einheitlichen Verbände sich allmählich wieder in eine Anzahl besonderer Unionsverbände auflösen.

Staatliche Vertragsabmachungen haben zunächst nur eine völkerrechtliche Bindung zur Folge; sie gewinnen eine rechtsverbindliche Kraft in den einzelnen Ländern nur auf Grund der inneren Gesetzgebung.

a) Die erste Übereinkunft wurde auf dem Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes geschlossen, die sogenannte *Pariser Übereinkunft für den Schutz des gewerblichen Eigentums* vom 20. März 1883. Sie umfaßt außer den Gebieten des gewerblichen Urheberrechts auch das Warenzeichenrecht, das Namensrecht, die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs, einschließlich des Kampfes gegen falsche Herkunftsbezeichnungen.

Revisionskonferenzen haben stattgefunden 1886 in Rom, 1890 in Madrid, 1897/1900 in Brüssel, 1911 in Washington. Von erheblicher Bedeutung waren nur die beiden letzten Konferenzen, durch welche die Übereinkunft eine wesentliche Verbesserung und Erweiterung erfahren hat.

Dem Pariser Verband gehören an die meisten Länder Europas (mit Ausnahme Rußlands und der Balkanländer), die Vereinigten Staaten, Brasilien und Japan.

Berechtigt zum Schutze sind die Staatsangehörigen des Verbandslandes sowie solche Personen, die in diesen Ländern ihren Wohnsitz oder ihre gewerbliche Niederlassung haben.

Der Hauptgrundsatz der Übereinkunft ist der, daß alle Verbandsangehörigen in jedem Lande den Inländern gleichgestellt werden, und daß sie sowohl hinsichtlich der Schutzvoraussetzungen als auch hinsichtlich der Schutzwirkungen der inländischen Gesetzgebung unterstehen (Territorialprinzip).

Eine Ausnahme von diesem Grundsatze besteht nur für diejenigen Fragen, die in der Übereinkunft selbst einheitlich für das ganze Unionsgebiet geregelt werden.

Die wichtigste dieser Abmachungen betrifft die Schaffung des sogenannten *Prioritätsrechts*.

Da in allen Ländern der Patentschutz nur neuen Erfindungen gewährt wird, und der Erstanmeldende vor später Anmeldenden einen Vorzug genießt, besteht die Gefahr, daß, wenn jemand in einem Land ein Patent anmeldet, diese Tatsache der Erlangung eines Patentes auf die gleiche Erfindung in anderen Ländern im Wege steht, wofern er nicht seine Erfindung in allen Ländern gleichzeitig anmeldet. Um diese Wirkung auszuschließen, wird in der Pariser Übereinkunft demjenigen, der in einem Lande ein Patent (oder ein Gebrauchsmuster) anmeldet, für die Anmeldung der gleichen Erfindung in den übrigen Verbandsländern auf die Dauer eines Jahres — für Geschmacksmuster für vier Monate — ein Prioritätsrecht gewährt, wonach die Fragen der Neuheit und des zeitlichen Vorranges nach dem Zeitpunkt der Voranmeldung zu beurteilen sind.

Außer der Gewährung eines Prioritätsrechts enthält die Pariser Übereinkunft eine Bestimmung zur *Milderung des Ausführungszwanges* innerhalb der Verbandsbeziehungen sowie die Vorschrift, daß die in einem Verbandslande erteilten *Patente* von den in den übrigen Ländern erteilten Patenten *unabhängig* sein sollen.

Zur Ergänzung der Pariser Übereinkunft besitzt das Deutsche Reich noch einige Sonderverträge mit Italien, der Schweiz, den Vereinigten Staaten, Österreich, Ungarn und Dänemark. Die ersten drei Verträge sehen in den Beziehungen dieser Länder zu Deutschland eine gegenseitige Aufhebung des Ausführungszwanges vor. Der Vertrag mit Dänemark beseitigt den Ausführungszwang für Geschmacksmuster.

b) Für den internationalen Schutz des geistigen Urheberrechts wurde zwischen einer Reihe von Staaten am 9. September 1886 die sogenannte Berner Übereinkunft abgeschlossen, der die meisten europäischen Staaten (mit Ausnahme Österreichs, Ungarns, Rußlands und der Balkanländer) angehören. Diese Übereinkunft wurde verbessert 1896 durch die Pariser Konferenz und umgestaltet 1908 durch die Berliner Konferenz. (Revidierte Berliner Übereinkunft vom 13. November 1908.) Da einzelne Länder die Beschlüsse der beiden Revisionskonferenzen nicht ratifiziert haben, bestehen in der Tat drei Verbände. Dazu kommt noch, daß die Berliner Übereinkunft bezüglich einzelner Fragen Vorbehalte zuläßt, so daß das Bild des Verbandsschutzes ziemlich bunt ist.

Der Schutz der Berner Übereinkunft wird gewährt den Werken des einem Verbandslande angehörenden Urhebers, die noch nicht veröffentlicht sind, sowie solchen Werken, die zum ersten Male innerhalb einer der Verbandsländer erschienen sind, ohne Rücksicht darauf, ob die Urheber einem Verbandslande angehören oder nicht.

Der Schutz erstreckt sich auf alle Werke der Literatur und der Kunst, ohne Rücksicht auf die Art oder die Form der Vervielfältigung, sowie auf Photographien.

Die Voraussetzungen und die Wirkungen des Schutzes richten sich nach der Gesetzgebung jedes Landes. Der Schutz ist nicht an die Erfüllung irgendwelcher Förmlichkeiten gebunden. (Nach der alten Berner Übereinkunft ist für die Bedingungen und Förmlichkeiten des Schutzes die Gesetzgebung des Ursprungslandes maßgebend.)

Besondere Bestimmungen sind getroffen für die Wiedergabe von Werken der Tonkunst durch mechanische Instrumente sowie für die kinematographische Wiedergabe.

Sonderverträge bestehen mit Frankreich, Belgien, Italien (zur Ergänzung der Berner Übereinkunft). Ferner mit Österreich und Ungarn (30. Dezember 1899), mit den Vereinigten Staaten (15. Januar 1892) und mit Rußland (28./15. Februar 1913), die sämtlich dem Berner Verband noch nicht angehören.

Anhang.

Ausblicke in die Zukunft.

Die Gesetzgebung des Urheberrechts ist noch im Fluß begriffen und wird auch wohl in absehbarer Zeit nicht zum Abschluß kommen.

Abgesehen von dem Umstand, daß der ganze Stoff noch nicht vollständig in das System unseres bürgerlichen Rechts hineingewachsen ist — trotz Kohlers grundlegender Arbeiten —, ist hieran die Gangart unserer Gesetzgebung schuld, die auf allen Gebieten niemals dem Bedürfnis vorausgeeilt ist, sondern Punkt für Punkt sich von dem praktischen Bedürfnis hat treiben lassen, wobei die einheitliche Behandlung des Stoffes Not litt.

Einen glücklichen Einfluß hat zum Teil — vorwiegend auf dem Gebiete des geistigen Urheberrechts — die Fortbildung des internationalen Rechts und mittelbar das Beispiel fortgeschrittener ausländischer Gesetzgebung geübt.

Trotzdem ist unsere Gesetzgebung des geistigen Urheberrechts noch in manchen Punkten rückständig und lückenhaft. Namentlich ist zu beklagen, daß Deutschland noch an der kurzen dreißigjährigen Schutzfrist festhält, die 1837 durch die preußische Gesetzgebung eingeführt wurde, während die meisten anderen Länder zur fünfzigjährigen Schutzfrist post mortem autoris fortgeschritten sind. Eine mehr und mehr fühlbar werdende Lücke weist die Schutzlosigkeit der Vortrags- und Regieschöpfungen auf.

Vollkommen veraltet und unbrauchbar ist unser Geschmacksmustergesetz (von 1876). Die Vorschrift, daß nur solche Geschmacksmuster wirksam hinterlegt werden können, die noch nicht

verbreitet sind, schließt für große Gebiete des Kunstgewerbes die Musterhinterlegung aus. Es sind schon Zweifel aufgetaucht, ob nach Einführung eines Kunstschutzes für kunstgewerbliche Erzeugnisse überhaupt noch ein Musterschutz notwendig sein wird. Indessen dürften der Vorteil, den Zeitpunkt der Entstehung eines Musters auf einfache und einheitliche Art feststellen zu können, sowie die Möglichkeit, das Bestehen eines Schutzes für vielfach unbedeutende Erzeugnisse offenkundig zu machen, doch für Beibehaltung, aber auch zugleich für Umgestaltung und Erweiterung der Musterhinterlegung (allgemein auf Kunsterzeugnisse) sprechen.

Am stärksten hat sich in jüngster Zeit das Bedürfnis nach einer Reform des gewerblichen Urheberrechts fühlbar gemacht.

Namentlich auf dem Gebiet des Patentrechts hat der Unterschied zwischen dem materiellen Recht und dem Formalrecht Erscheinungen gezeitigt, die mit unserem Rechtsempfinden nicht vereinbar sind. Auch machen sich wirtschafts- und sozialpolitische Strömungen geltend, die eine Abänderung des Patentgesetzes erfordern.

Diese Erwägungen, wie auch die unabweisbare Notwendigkeit, das Verfahren im Patentamt im Interesse einer Verminderung der Arbeitslast zu ändern, haben eine Reformbewegung veranlaßt, die im Sommer 1913 zur Veröffentlichung des Entwurfs eines neuen Patentgesetzes durch das Reichsamt des Innern führte.

Die Hauptpunkte der in Aussicht genommenen Reform sind:

Zunächst scheint es wünschenswert, das materielle Recht an der Erfindung stärker zu betonen, unter Aufstellung des Grundsatzes, daß das Recht an der Erfindung seine Wurzel in der Erfinderschaft hat, und daß der Erfinder an sich der zum Patent Berechtigte ist. Durchaus zweckmäßig und den Bedürfnissen unseres Prüfungsverfahrens entsprechend ist es, das Erteilungsverfahren nicht mit der Prüfung der Berechtigung zu belasten und dem Patentamt gegenüber den Anspruch auf das Patent dem Anmelder zu geben. Das Patentamt soll die Anmeldung prüfen und das Patent erteilen, ohne die Berechtigung des Anmelders zu prüfen.

Im Anschluß an die Anerkennung des auf die Erfinderschaft gegründeten Rechtes an der Erfindung lassen sich auch die Fragen der Nennung des Erfindernamens und der Angestelltenerfindung billig und befriedigend regeln, vorausgesetzt, daß es gelingt, den Begriff der Betriebserfindung (s. oben S. 397) in scharfer Weise zu bestimmen.

Schwieriger erscheint schon die Lösung der Frage, die konstitutive Wirkung der Patenterteilung mit dem Erfordernis in Einklang zu bringen, auch die Frage der Patentverletzung nach der richtigen Erkenntnis der Tatsachen der Technik zu entscheiden. Überläßt man es dem Gericht, den Schutzgegenstand nach Maßgabe seiner Kenntnis der Technik abzugrenzen, verliert die Prüfung, auf die unsere Industrie das größte Gewicht legt, an praktischer Bedeutung. Andererseits widerstrebt es dem Recht, einem offenbaren Fehlspruch des Patentamts über die Patentfähigkeit eine die Nutzung der freien Technik hemmende Wirkung zu geben.

Solange man grundsätzlich an dem jetzigen System festhält, wird man dasjenige Übel, das man als das kleinere ansieht, in Kauf nehmen müssen. Vom Rechtsstandpunkt aus ist das allerdings ein unbefriedigender Zustand.

Volkswirtschaftlich und sozialpolitisch geboten erscheint eine Herabsetzung der Patentgebühren, deren abschreckende oder patentzerstörende Wirkung über das berechtigte Maß hinausgeht.

Eine erhebliche Vereinfachung des Verfahrens wird dadurch erzielt werden, daß die erstinstanzliche Patentprüfung, die heute bei der Patentabteilung liegt, in die Hand von Einzelprüfern gelegt wird, die heute nur eine vorbereitende, aber keine entscheidende Tätigkeit ausüben. Die Interessenten fordern allerdings zur Ergänzung die Schaffung einer dritten Instanz, ein Verlangen, dem ernste technische Bedenken entgegengehalten werden.

Die Rechtsprechung des Patentrechts war in den letzten Jahren Gegenstand weitgehender Reformwünsche. Namentlich wird von der Industrie die Zuziehung technischer Richter gefordert. Wenn die Reichsregierung diese Forderung auch bisher abgelehnt hat, erstrebt sie selbst eine Besserung der Rechtsprechung durch Verweisung der Streitsachen des Patentrechts an besondere Kammern und Senate.

Auch auf dem Gebiet des Gebrauchsmusterrechts bestehen vielfache Reformwünsche, deren Verwirklichung indessen auf große Hindernisse stößt. Als überaus lästig wird empfunden, daß zur Beseitigung von Gebrauchsmustern, die der Schutzfähigkeit entbehren, eine Löschungsklage bei den Gerichten erforderlich ist. Es fragt sich aber, ob dem Patentamt die enorme Arbeitslast der Löschungsprüfung zugemutet werden kann. Der Entwurf sieht die Möglichkeit einer Verlängerung der Schutzfrist auf zehn Jahre vor, ein Vorschlag, dem die Besorgnis entgegengehalten wird, daß hierdurch das Interesse an den Patenten, den geprüften Schutzrechten, gemindert werden könnte.

Überhaupt ist die Stimmung innerhalb der Interessentenkreise vorwiegend gegen den Gebrauchsmusterschutz, so daß eine Verstärkung oder Erweiterung dieses Schutzes — auf Verfahren oder auf rein gewerbliche Schöpfungen, wie auf solche des Reklamewesens, die von mehreren Seiten erstrebt wird — nicht viel Aussicht auf Verwirklichung hat.

Literatur.

An erster Stelle sind zu nennen die Werke Kohlers, in denen die Lehre des Immaterialgüterrechtes begründet und ausgebaut worden ist:

Kohler, Patentrecht, Mannheim 1878; Autorrecht, Jena 1880; Das literarische und artistische Kunstwerk und sein Autorschutz, Mannheim 1892; Handbuch des deutschen Patentrechts, Mannheim 1900/1; Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht, 1906; Kunstwerkrecht, 1908; Lehrbuch des Patentrechts, 1909; Musterrecht, 1909.

Von allgemeinen Werken sind zu nennen:

Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 1, S. 748 ff.
Dernburg, Das bürgerliche Recht, Bd. 6, (fortges. von Kohler).
Riezler, Deutsches Urheber- und Erfinderrecht, Erste Abt. 1909.

Kommentare zum geistigen Urheberrecht:

Zum Literargesetz: von Allfeld, Müller, Kuhlenbeck, Daude, Lindemann.
Zum Kunstschutzgesetz: von Allfeld, Osterrieth, Daude.

Lehrbücher zum Patentrecht:

Damme, Das deutsche Patentrecht, 1906; Osterrieth, Lehrbuch des gewerblichen Rechtsschutzes, 1908, (umfaßt auch Gebrauchsmuster- und Geschmacksmusterrecht).

Kommentare zum Patentgesetz:

von Seligsohn, 5. Aufl., 1912; Kent, 1906/7; Isay, 2. Aufl., 1911; Robolski, 3. Aufl., 1908; Reitzenbaum und Leander, 1913.

Kommentare zum Gebrauchsmustergesetz:

Robolski, 1905; Cantor, 1912; Wertheimer, 1913.

Internationales Recht:

Kommentare zur Berner Konvention:

Röthlisberger, 1908; Dungs, 1910.

Kommentar zur Pariser Konvention:

Osterrieth und Axster, 1903, (Ergänzung von Osterrieth, 1912).

Ausländisches Recht:

Röthisberger, Der interne und der internationale Schutz des Urheberrechts in den Ländern des Erdballs, 1914.
Röthlisberger, Urheberrechtsgesetze und -verträge in allen Ländern, 1914.
Kohler-Mintz, Die Patentgesetze aller Völker, 1905—13.

6.

Das Privatversicherungsrecht.

Von

Professor Dr. Martin Wolff
in Marburg.

Inhalt.

Einleitung.

§ 1. Das Versicherungswesen und seine Entwicklung. Die Versicherung (Assekuranz) dient dem Kampf gegen Schaden bringende Ereignisse, wie sie im Naturwalten oder im sozialen Leben drohen. Sie dient ihm nicht durch Verhinderung des Ereignisses, sondern durch Ausgleich der entstandenen Schäden. Der Schadensausgleich geschieht durch Schadensverteilung auf mehrere Vermögen. Je größer die Zahl der bei diesem Ausgleich beteiligten Gefahrgenossen, um so geringer und um so stetiger die Opfer, die der Einzelne bringen muß. Nur im Großbetriebe lassen sich sprunghafte große Beiträge der Genossen vermeiden und läßt sich annäherungsweise im voraus ermitteln, wie hoch die Beiträge der Einzelnen sein müssen, um die zu erwartenden Schäden zu decken.

Der Ausgleich kann auf verschiedene Weise geschehen. Die gefährdeten Personen können miteinander eine Ausgleichsgenossenschaft eingehen, so daß jeder Schade des Einzelnen auf alle Genossen verteilt wird (Gegenseitigkeitsversicherung). Die Genossenschaft mag Gesellschaft oder juristische Person des privaten oder öffentlichen Rechts sein. Die Beitragshöhe mag nach eingetretenem Bedarf (durch Umlageverfahren) festgestellt werden, derart, daß die schon entstandenen Schäden auf alle Genossen verteilt werden, oder sie wird im voraus entsprechend dem wahrscheinlich notwendig werdenden Bedarf festgestellt. — Keime einer Gegenseitigkeitsversicherung darf man schon in den Geschlechtsverbänden des Altertums, den Handwerkerzünften, den Seefahrtsverbänden u. dgl. des Mittelalters finden, stets jedoch ungeschieden von sonstiger Fürsorge. Seit dem Ausgang des Mittelalters begegnen besondere, meist lokal eng begrenzte Personenverbände, die ausschließlich der Schadensausgleichung ihrer Mitglieder dienen, wie Kuhgilden, Feuerkassen, Witwenkassen. In ihnen liegen die Wurzeln der im heutigen Recht sogenannten kleineren Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit. Seit dem 19. Jahrhundert (1821: Gothaer Feuerversicherungsbank) entstehen große Gegenseitigkeitsvereine, die von den Aktiengesellschaften die kaufmännische Betriebseinrichtung übernehmen. Daneben finden sich schon seit dem Beginn des 18. Jahrhunderts öffentliche Versicherungsgenossenschaften auf Gegenseitigkeit, insbesondere für die Feuer-, Vieh- und Hagelversicherung.

Die gefährdeten Personen können aber die Versicherung auch bei einem Außenstehenden suchen, der dann in der Regel aus der Gewährung der Versicherung ein Gewerbe macht; die Versicherungsnehmer zahlen ihm Prämien, die nach der Nähe der Gefahr und der Größe des zu deckenden Schadens abgestuft sind und aus deren Gesamtheit er die Einzelschäden ersetzt (Prämienversicherung). Wirtschaftlich betrachtet liegt auch hier eine Verteilung des Einzelschadens auf mehrere Vermögen vor. Der Versicherer kann eine Einzelperson, eine Gesellschaft (z. B. offene Handelsgesellschaft) oder eine juristische Person des Privatrechts (z. B. Aktiengesellschaft) oder des öffentlichen Rechts sein. — Die Prämienversicherung ist im 14. Jahrhundert in Italien aus einer Umbildung des Seedarlehns (foenus nauticum) entstanden. Während beim Seedarlehn der Kapitalist dem Seefahrtsunternehmer ein Kapital vor Antritt der Reise hingibt und es bei glücklich bestandener Seegefahr zurückerlangt, bei Schiffsuntergang verliert, fällt bei der Versicherung die Darlehnsgabe weg, und das Kapital wird dem Seefahrer erst nach Schiffsuntergang übertragen; während ferner bei dem Seedarlehn der Kapitalist eine Prämie nur im Falle der glücklich bestandenen Seegefahr erhält, erhält er sie bei der Versicherung in jedem Falle: die Prämie wird damit zu einem Entgelt für Übernahme des Risikos. Die Seeversicherung (anfangs als Warentransport-, dann auch als Schiffskörperversicherung) und daneben die Landtransportversicherung sind in den

Mittelmeerländern, insbesondere Italien und Spanien, im 15. Jahrhundert voll ausgebildet und gelangen von da nach Holland und England. Die Feuerversicherung (als Prämienversicherung) und die Lebensversicherung entwickeln sich in England seit dem 17. Jahrhundert. Deutschland (unter Führung Hamburgs) nahm seit Ende des 16. Jahrhunderts die See-, dann auch die Landtransport- und seit Ende des 17. Jahrhunderts die Lebensversicherung auf, bildete aber die Feuerversicherung als Prämienversicherung erst im 19. Jahrhundert aus. Während anfänglich die Prämienversicherung regelmäßig von Einzelpersonen betrieben wurde, entstanden seit Ende des 17. Jahrhunderts Versicherungskompagnien, meist Aktiengesellschaften: so in Frankreich seit 1668, in Deutschland seit 1765.

Zu voller Blüte ist das Versicherungswesen erst seit der Mitte des 19. Jahrhunderts gediehen.

1. Es mehren sich die Gefahrgruppen, gegen die Versicherung genommen werden kann. Als Versicherungszweige sind zu nennen: die See- und Binnentransport-, die Feuer-, die Hagel-, die Vieh-, die Haftpflichtversicherung (nebst der Rückversicherung), die Lebensversicherung (in zahlreichen Arten), die private Unfall-, Kranken- und Invaliditätsversicherung, die Diebstahlsversicherung (meist Einbruchsdiebstahlsversicherung, daneben als Sonderzweige die Versicherung gegen Fahrraddiebstahl, Ascheneimerdiebstahl, die Paletotmarderversicherung), die Kautions- (Veruntreuungs-)versicherung, die Kursverlust-, die Kreditversicherung (sei es als Einzelversicherung gegen die Gefahr der Insolvenz eines bestimmten Kunden, sei es als Pauschalversicherung gegen die Gefahr der Insolvenz irgendwelcher Kunden, über die eine günstige Auskunft erteilt war), die Hypothekenversicherung, die Versicherung gegen Betriebsstillstand und Mietsverlust (insbesondere als Brandchomage- oder als Konjunkturchomageversicherung), die Streikversicherung, die Versicherung gegen Stellenlosigkeit, die Glasscheiben-, Wasserleitungs-, Dachschäden-, Sturmschäden-, Glockenbruch-, Maschinenversicherung, die Versicherung von Preisdifferenzen im Zuckerhandel u. a. Das Ausland kennt eine Hochwasserschädenversicherung (Österreich), eine Regenwetterversicherung für Sommerfrischler und Festtribünenbesitzer (England), eine Versicherung gegen die Versagung von Schankkonzessionen (Schottland), eine Bankdepositenversicherung (Vereinigte Staaten), eine Versicherung gegen die wirtschaftlichen Nachteile einer Ehescheidung oder gegen den Verlust körperlicher Schönheit (Vereinigte Staaten) u. a. Fortgesetzt werden neue Versicherungspläne erwogen: so eine Obstversicherung (in Bayern), eine Frostversicherung für den Weinbau, eine Erdbebenversicherung, eine Prozeßkostenversicherung, eine Versicherung auf Fündigkeit beim Bergbau u. a.

2. Es wächst die Zahl der Versicherer, sowohl der privatrechtlichen (insbesondere Aktiengesellschaften) als der öffentlichrechtlichen (z. B. provinziale Lebensversicherungsinstitute in Preußen). Während es noch 1850 in Deutschland nur 56 größere Privatversicherungsanstalten gab, betrug die Zahl 1910: 259 (in Frankreich 502, in England 422, in den Niederlanden 324, in den Vereinigten Staaten 252).

3. Es wächst die Zahl der Versicherungsnehmer. So ist in der deutschen Lebensversicherung im ersten Jahrzehnt des 20. Jahrhunderts die Zahl der in Kraft befindlichen Policen auf das Doppelte gestiegen, und die Versicherungssummen, die sich 1850 auf etwa 204 Millionen Mark beliefen, betrugen 1900 schon 8 Milliarden, 1910 über 13½ Milliarden Mark. Bei der Unfall-, Haftpflicht-, Diebstahls-, Glas- und Hagelversicherung haben sich die gezahlten Ersatzsummen in Deutschland von 1900 auf 1910 mehr als verdoppelt.

4. Die Gesetzgebung der neuesten Zeit bringt dem Versicherungsrecht zwei wesentliche Fortschritte zum Schutze der oft unerfahrenen und wirtschaftlich schwächeren Versicherungsnehmer: erstens Staatskonzession und Staatsaufsicht für die privaten Versicherungsunternehmungen (1901), nach dem Vorbilde Nordamerikas, Österreichs und der Schweiz; zweitens eine Einschränkung der Vertragsfreiheit durch Aufstellung zahlreicher zwingender Rechtssätze (1908); vgl. unten §§ 8, 9 VI.

Masius, Syst. Darstellung des Versicherungswesens 1857. Ad. Wagner in Schönbergs HB. d. pol. Ökon. II [4] 1898. H. u. K. Brämer, Das Versicherungswesen 1894. Emminghaus, Versicherungswesen [3] 1912. Manes, Versicherungswesen [2] 1913. — Zur Geschichte: Reatz, Gesch. d. europ. Seeversich.-Rechts I 1870. Bensa, Il contratto di assicurazione nel medio evo 1884. Goldschmidt, Universalgesch. d. HRs. 354 ff. (Weitere Literatur bei Goldschmidt, System. d. HRs. 1892, S. 66 ff.) Kohler (-Hecht), Z. f.

HR. 59, 505 ff. Kohler (bei Dernburg, BürgR.) VI 349 ff. Rehme in Ehrenbergs HB. d. HRs. I 107 [99], 226. Thimme, VierteljSchr. f. Soz. u. WirtschGesch. 12, 273 ff. Schaube, Z. f. Soz. u. WirtschGesch. 2, 149 ff. Pappenheim, D. altdänischen Schutzgilden (1885), insbes. S. 418 ff. Leimdörfer, Entwickl. d. Brandschadenvers. i. Österreich 1905 (Grünbergs Studien H. 1). L. Maaß, Die Brandgilden insbes. in Schleswig-Holst. (Tübinger Staatsw. Abh. 6) 1910; dazu J. Gierke, Z. f. HR. 70, 417.

§ 2. Quellen und Literatur. I. Das Versicherungsrecht ist anfänglich als Gewohnheitsrecht entwickelt. Seine Haupterkenntnisquellen sind Vertragsurkunden (insbesondere aus italienischen Archiven) und Handelsbucheintragungen. Unter den gesetzlichen Regelungen (die Gesetze behandeln regelmäßig nur Einzelfragen meist des Seeversicherungsrechts) ragen hervor die Statuten italienischer Städte seit dem 14. und 15. Jahrhundert (Pisa, Florenz, Genua, Venedig), ein umfassenderes Statut von Barcelona von 1435, die Verordnungen Philipps II. für die Niederlande von 1563, 1570. Eine Kodifikation auf der Grundlage des älteren französischen Gewohnheitsrechtes enthält die Ordonnance sur la marine von 1681. Das erste deutsche Seeversicherungsgesetz ist das Hamburgische von 1731. Die erste Kodifikation des gesamten Versicherungsrechts bringt das Preußische Landrecht (1794) II, 8 §§ 1934—2358. Im Deutschen Bund ist es zu einer Vereinheitlichung des Seeversicherungsrechts gekommen (Allg. DHGB. Art. 782—905), und diese Regelung wurde für die Ordnung des Binnenversicherungsrechts vorbildlich. Im Deutschen Reich ergibt sich die Zuständigkeit des Reichs zur Regelung des Versicherungsrechts aus RsVerf. Art. 4 Nr. 1 (Gewerbebetrieb einschließlich des Versicherungswesens) und Nr. 13 in der Fass. v. 20. 12. 1873 (das gesamte bürgerliche Recht). Für Bayern besteht aber ein Reservatrecht in Ansehung des Immobiliarversicherungswesens (Schlußprotokoll v. 23. 11. 1870 Nr. IV); dazu J. Gierke, Z. f. VWiss. 4, 341 ff.

Die heutigen Quellen des deutschen Privatversicherungsrechts sind das BGB. (§§ 330, 1045, 1127—1130), das HGB. (§§ 778 ff., abgeändert durch Gesetz v. 30. 5. 1908, vgl. ferner HGB. §§ 1 Nr. 3, 278, 363). Daneben galt seit 1900 zunächst Landesrecht weiter (EG. BGB. Art. 75). Ein ReichsGes. v. 15. Mai 1901 über die privaten Versicherungsunternehmungen (VUG.) enthält in erster Reihe verwaltungsrechtliche Normen (Staatsaufsicht über die privaten Versicherungsunternehmen), daneben aber auch privatrechtliche (Recht der Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit) und konkursrechtliche Sätze (insbesondere über die Rechte der Versicherungsnehmer auf die Prämienreserve beim Konkurs der Lebensversicherungsgesellschaften). Ein ReichsGes. über den Versicherungsvertrag v. 30. Mai 1908 (VVG.) mit EinfGes. regelt das gesamte Privatversicherungsrecht, soweit es nicht schon durch die bisherigen Reichsgesetze geordnet ist [1]. Es gilt aber weder für die Seeversicherung, noch für die Rückversicherung (§ 186 VVG.); für jene bleibt das HGB. in Kraft, das freilich aus Anlaß des VVG. durch ein Gesetz vom selben Tage erheblich abgeändert worden ist; darüber O. v. Gierke, oben III, 132 ff. Die Rückversicherung ist, abgesehen von der Seerückversicherung, gesetzlich überhaupt nicht geregelt, und es besteht kein Anlaß dazu, da die Parteien hier stets zwei gleichmäßig erfahrene, des Schutzes gegeneinander nicht bedürftige Versicherer sind und es wegen der meist bestehenden Schiedsverträge selten zu Prozessen kommt (vgl. unten § 20 a. E.). Das VVG. gilt ferner nicht für die Versicherung bei Unterstützungskassen der Innungen, Innungsverbände und (§§ 843 ff. RVO.) Berufsgenossenschaften (§ 190). Landesrecht gilt für die Versicherung bei Knappschaftskassen, landesgesetzlich errichteten Hilfskassen der Krankenversicherung und landesrechtlichen öffentlichen Anstalten, wie den öffentlichen Feuerversicherungsanstalten (PreußenGes. v. 25. 7. 1910) oder staatlichen oder kommunalen Pensionskassen (§§ 191, 192 Abs. 1 VVG.).

In außerdeutschen Staaten ist das Versicherungsrecht zum Teil in den Handelsgesetzbüchern nahezu erschöpfend geregelt (Spanien Art. 380 ff., 737 ff.; Portugal 425 ff., 595 ff.; Italien 239 ff., 417 ff., 604 ff.; Rumänien 257 ff., 442 ff., 616 ff.; Belgien, c. d. comm. I tit. 10, II tit. 7 art. 168 ff.; Niederlande 246 ff., 592 ff.; Ungarn 453 ff.; Mexiko 392 ff.; Argentinien 492 ff., 1155 ff.; Japan 384 ff., 653 ff.); nur Seeversicherungsrecht

[1] Für das Immobiliarversicherungswesen ist zwar das VUG., aber nicht das VVG. in Bayern in Kraft gesetzt worden. Insoweit gilt daher bayrisches Landesrecht fort.

enthält der französ. code de commerce 332 ff. (ebenso Griechenland, Rußland 558 ff.; Finnland, SeeG. 171 ff.; Skandinav. SeeG. 230 ff.; Monaco 303 ff.; Türkei, SeeHGB. 175 ff.; Brasilien 666 ff. u. a.). Ein eigenes Gesetz über den Versicherungsvertrag haben Luxemburg (16. 5. 1891) und die Schweiz (2. 4. 1908). England hat ein Sondergesetz über die Seeversicherung v. 21. 12. 1906 (ebenso Australien 1909) und ein Lebensversicherungsgesetz v. 1774. In zahlreichen Gesetzen wird die staatliche Aufsicht über das Versicherungswesen, zum Teil auch das Recht der Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit geordnet: Schweden 24. 7. 1903; Dänemark 29. 3. 1904 (geändert 1914); Norwegen 29. 7. 1911; Frankreich 21. 1. 1868, 17. 3. 1905; Schweiz 25. 6. 1885; Luxemburg 16. 5. 1891; Spanien 14. 5. 1908; Portugal 21. 10. 1907; Österreich, VO. v. 5. 5. 1896; England 3. 12. 1909; Griechenland 22. 12. 1910; Indien 18. 3. 1912; Japan 1912. (Neue Aufsichtsgesetze sind in Schweden, den Niederlanden, Ungarn, Australien in Vorbereitung, neue Gesetze über den Versicherungsvertrag in Österreich, Frankreich, Finnland.) Zu einer Monopolisierung der Lebensversicherung für eine Staatsanstalt ist Italien 1912 übergegangen, Uruguay sogar zu einer Monopolisierung der Lebens-, Unfall- und Feuerversicherung (27. 12. 1912). Über das Versicherungsrecht der Vereinigten Staaten von Amerika vgl. Vance u. Hall in d. HGesetzen d. Erdballs I.

II. **Literatur.** Lewis, Lehrb. d. VersichRs. 1889; König, Reatz in Endemanns HB. d. HRs.; Malß, Betrachtungen über einige Fragen des Versicherungsrechts, 1862; Ehrenberg, Versicherungsrecht I (unvoll.) 1893; Vivante, Il contratto di assicur. I—III (1885—90); Macgillivray, Insurance Law 1912; Porter-Craies, The Laws of Insurance [5] 1908; Lehrbücher des HRs. von Cosack [7] 545 ff.; K. Lehmann [2] 995 ff. u. a.; Kohler in Dernburgs BürgR. VI, 348 ff. (im folgenden nur mit den Namen der Vf. zitiert).

Kommentare zum VAG. v. 1901: insbes. Rehm [3] 1911; Könige [2] 1910; ferner Manes (= Hagen [2]) 1909; Alexander-Katz 1901; Deybeck 1902 u. a. Kommentare zum VVG. v. 1908: Hager-Bruck [3] 1913; Gerhard (zusammen mit Hagen u. a.) 1908; kürzer: Josef 1908; Schneider 1908; Zehnter 1908; Best 1908. Komm. z. Schweiz. VVG. v. Guyer (1910); Roelli (seit 1911).

Zeitschriften. Malß' Z. f. VersRecht, 2 Bde. 1866, 68. Baumgartners Z. f. VersRecht u. Wiss. 1895—99. Z. f. d. gesamte VersWissenschaft (seit 1901). Wallmanns VersZeitschr. (seit 1867). Neumanns Z. f. VersWesen seit 1877. Ehrenzweigs AssekuranzJ. seit 1880. Masius' Rundschau (seit 1851; neue Folge seit 1881). Moldenhauers VJRundschau üb. d. VersWesen, seit 1907. Mitteilungen f. d. öffentl. FeuerversAnstalten (seit 1869; neue Folge seit 1912 mit Beiheft: Wirtschaft u. Recht d. Versicherung). Schweiz. VersZeitschr. (seit 1908). Österreich. Z. f. öff. u. priv. Vers. seit 1910. — Archief voor de Verzekerings-Wetenschap ('s Gravenhage, seit 1895). Journal des assurances (Paris, seit 1849, éd. Badon-Pascal). Moniteur des assurances (Paris, seit 1868, éd. Olivreau). Journal of the Chartered Insurance Institute (London, seit 1898). Ferner die handelsrechtlichen Zeitschriften (Z. f. HandelsR., LeipzZ. u. a.).

Sammelwerke: Veröff. d. Kais. Aufsichtsamts f. PrivVers. (APV.) seit 1902. Veröff. d. Vereins f. VersWiss. (seit 1903). Gerhard, Praxis d. PrivVersRechts seit 1908. Vers.-Wissenschaftl. Abhandl., herausg. v. Höniger-Rosin, Abt. I: PrivVers. (seit 1914, bisher 2 Hefte). Versich.Bibliothek (herausg. v. Manes, bisher 6 Bde.). Abhandl. a. d. Gebiet d. FeuerversWiss. (herausg. v. Schäfer, seit 1909). Manes u. a., Versicherungslexikon 1909 (ErgBd. 1913). Hacke, Rechtsprech. üb. VersR. I 1910. — Walford, The Insurance Cyclopaedia (London 1871 ff.). Bonneville de Marsangy(-Simonin), Jurisprud. générale des assur. terrestres (Paris 1882—1906).

Repertorien: C. Neumann, Syst. Verzeichnis d. Literatur d. d. Sprachgebiets üb. d. priv. VersWesen 1913 und Z. f. VWiss. 12, 317 ff., 604 ff., 786 ff., 967 ff. H. Neumann, Jahrb. d. d. Rechts Bd. 5, 8, 10, 12.

§ 3. Der Rechtsbegriff der Versicherung. Versicherung ist ein selbständiges Rechtsverhältnis, inhalts dessen jemand einen Schaden, der einem anderen aus einem ungewissen Ereignis droht, zu ersetzen verpflichtet ist und für die Gefahrübernahme ein nach allgemeinen Erfahrungen berechnetes Entgelt bezieht.

1. Die Versicherung ist ein Rechtsverhältnis des Individualrechts (Prämienversicherung) oder des Sozialrechts (z. B. die Gegenseitigkeitsversicherung), des Privatrechts (so die Prämien- wie die Gegenseitigkeitsversicherung) oder des öffentlichen Rechts (Arbeiterversicherung). Sie mag auf einem Rechtsgeschäfte (dem Versicherungsvertrag) beruhen — sei es, wie meist, auf einem unerzwingbaren Rechtsgeschäft, sei es auf einem erzwingbaren (Kontrahierungszwang, landesrechtlich bei öffentlichen Anstalten zulässig, § 192 Abs. 1 a. E. VVG.) — oder ohne Rechtsgeschäft kraft Gesetzes eintreten, z. B. auf Grund einer gewissen der Versicherung gesetzlich unterworfenen Beschäftigung (Arbeiterversicherung), auf Grund der Errichtung eines Hauses (landesrechtliche gesetzliche Feuerversicherung; § 192 Abs. 1 a. A. VVG.) u. a.

2. Die Versicherung ist ein selbständiges Rechtsverhältnis. Die Gefahrübernahme durch Nebenabrede ist keine Versicherung, wenn die Natur des Hauptvertrages solche vertraglichen Gefahrübernahmen mit sich bringt; so wenn ein Kürschner für die verwahrten Pelze, ein Frachtführer für das Frachtgut eine über das Gesetz hinaus gesteigerte Zufallshaftung übernimmt. Anders aber, wenn zwischen der Gefahrübernahme und dem Inhalte des Hauptvertrages ein innerer Zusammenhang fehlt: so namentlich, wenn Zeitungsbesitzer ihren Abonnenten eine Unfall- oder Haftpflichtversicherung gewähren, mag auch die Versicherungsprämie im Abonnementspreis ungeschieden enthalten sein. (Vgl. Denkschrift über AbonnentenV., Drucks. d. Rstags. 13. Legisl.-Per. I. Sess. 1912/13 Nr. 644). Übernimmt ein Hypothekenmakler die Garantie für Hypotheken, deren Erwerb er vermittelt hat, so liegt hiernach kein Versicherungsvertrag vor; anders, wenn er sie für Hypotheken aller Art übernimmt; Veröff. d. APV. 1912, 9.

3. Die Versicherung begründet eine Ersatz**pflicht** des Versicherers. Deshalb liegt keine Versicherung vor, wo eine Vereinigung ihren Mitgliedern Unterstützungen gewährt, ohne daß die Mitglieder einen Anspruch darauf haben (Gewerkvereine, die Zuschüsse zu den gesetzlichen Krankengeldern geben); RG. Strafs. 37, 409. Vgl. § 1 Abs. 2 VAG.

4. Die Versicherung begründet die Pflicht zum Ersatz eines **Schadens**. Ohne diesen Satz bestände die Gefahr, daß was Versicherung genannt wird, in Wahrheit Wette ist. Gegen verschleierte Wetten („Wettassekuranzen") sind schon Statuten italienischer und spanischer Städte des 15. Jahrhunderts eingeschritten. — Für die Lebensversicherung hat man oft bestritten, daß die Pflicht des Versicherers in der Leistung eines Schadensersatzes bestehe (so **Thöl**, **Laband** u. a.). Aber im Durchschnitt der Fälle wird auch hier ein Schaden ersetzt: die Versicherung wird genommen gegen die Gefahr des vorzeitigen Todes des Ernährers oder (Erlebensversicherung) gegen die Gefahr des Erlebens eines bestimmten Zeitpunktes, von dem ab die Mittel zur Lebensführung fehlen. Richtig ist aber, daß die Lebensversicherung zu anderen Zwecken als zum Schadensausgleich benutzt werden kann und dennoch gültig ist [1]; richtig, daß, wenn sie zum Schadensausgleich benutzt wird, sie regelmäßig nicht auf Ersatz des nachweislich entstandenen Schadens gerichtet ist (außer etwa, wenn sie auf den Ersatz der Beerdigungskosten beschränkt ist), sondern auf Leistung einer festen Summe, und daß diese Summe zu leisten ist, mag auch der Versicherungsfall keinen Schaden, sondern (wie beim Tod eines langjährig Erwerbsunfähigen) eine wirtschaftliche Erleichterung bringen. Es wird, ähnlich wie bei der Vertragsstrafe, nicht ein **individueller**, sondern ein im voraus fixierter **typischer Schade** ersetzt. Hiernach besteht freilich die Gefahr einer Wettversicherung auf fremde Leben. Ihr steuern die Gesetzgebungswerke in verschiedener Weise; bei uns § 159 Abs. 2, 3 VVG., wovon unten § 21 I 3.

5. Der Schaden muß aus einem **ungewissen Ereignis drohen**. Der Eintritt des Ereignisses heißt „Versicherungsfall"; mit ihm wird der Versicherer leistungspflichtig. Das Drohen des Ereignisses heißt „Gefahr". Das Ereignis muß nicht unheilvoll, es mag dem Versicherungsnehmer selbst erwünscht sein (so ist bei der Aussteuerversicherung die Heirat der Tochter die „Gefahr"). Für die **Ungewißheit** des Ereignisses genügt statt des „ungewiß ob" nach verbreiteter Theorie ein „ungewiß wann": allein auch bei der Lebensversicherung ist ein „ungewiß ob" gegeben, da die Versicherung nicht gegen die Gefahr des Todes, sondern gegen die des vorzeitigen Todes (genauer: des Todes vor der Zeit, in der die Prämien nebst Zinsen die Versicherungssumme erreichen) genommen wird. Die Ungewißheit ist regelmäßig eine **objektive**; doch ist die Versicherung auch gültig, wenn der Versicherungsfall schon vor Begründung der Versicherung eingetreten oder sein Nichteintritt sicher ist, wofern nur beide Teile in Unkenntnis davon sind (§ 2 VVG.; vgl. unten § 11 III 2).

6. Der Versicherer bezieht für die Gefahrübernahme ein **Entgelt**. Wo das Versicherungsverhältnis auf einem Vertrage beruht, ist das Entgelt entweder geschuldet (Gefahrtragung und Entgelt sind Leistung und Gegenleistung, der Vertrag ein gegenseitiger), oder die Leistung des Entgelts ist Bedingung für die Ersatzpflicht des Versicherers, aber ohne daß der Versicherer einen Anspruch auf das Entgelt hätte (dann ist der Vertrag ein einseitiger; früher bei der Lebensversicherung häufig). Wo das Versicherungsverhältnis auf Gesetz beruht (gesetz-

[1] Sie kann aber auch zu anderen Zwecken als zur Deckung eines „künftigen Bedarfs" genommen werden. Dies gegen **Hupka**.

liche Feuerversicherung des Landesrechts, Arbeiterversicherung), fehlt es an einem synallagmatischen Verhältnis.

7. Das Entgelt muß nach allgemeinen Lebenserfahrungen bemessen sein, d. h. es muß so berechnet werden, daß der Versicherer bei richtiger Bemessung und im Großbetrieb aus der Gesamtheit der ihm gezahlten Prämien die als wahrscheinlich anzusehenden Ersatzsummen zahlen kann. Ob die Berechnung richtig oder unrichtig ist (z. B. auf unrichtigen Sterbetafeln beruht), macht aber keinen Unterschied. Durch die angegebene Art der Entgeltsbemessung unterscheiden sich insbesondere: die entgeltlich übernommene Bürgschaft von der Kreditversicherung (dazu ROHG. 5, 332) und der schlichte Leibrentenvertrag (z. B. des Altbauern bei Gutsübergabe) von der Leibrentenversicherung [1].

Dagegen ist es für den Begriff des Versicherungsgeschäfts nicht wesentlich, daß das einzelne Geschäft Teil eines planmäßigen, auf eine große Reihe gleichartiger Geschäfte gerichteten Betriebs sei. Insbesondere kommt nicht selten die nur gelegentliche Übernahme von Seeversicherungen vor.

Literatur: Goldschmidt, HB. d. HRs. I [2] 579 ff.; System d. HRs. [4] 249 ff., 256 ff.; Laband, Straßburger Festg. f. Thöl 1879; Hecker, Zur Lehre v. d. rechtl. Natur der Versicherungsverträge I 1892; Ehrenberg, Versicherungsrecht 53 ff., Z. f. HR. 32, 409 ff., 33, 1 ff. und LeipZ. 1 (1907) 161 ff.; Fick, Der jurist. Charakter des Lebensversicherungsvertrags 1884; Vivante, Z. f. HR. 39, 451 ff. und Il contratto di assicurazione 3, 11 ff.; Hupka, Z. f. HR. 66, 546 ff.; Brodmann, LeipzZ. 1 (1907) 123 ff., 193 ff., 546 ff.; Grieshaber, Das Synallagma des Vers.Vertrags 1914; Cosack 546 ff.; Kohler 363 ff.; Lehmann 997 ff.

§ 4. Die Arten der Privatversicherung. I. Prämien- und Gegenseitigkeitsversicherung. Über beide und ihre geschichtliche Entwicklung vgl. oben § 1. Heute ist die Gegenseitigkeitsversicherung als Versicherung durch eine juristische Person ausgestaltet. Während die Prämienversicherung ein Individualrechtsverhältnis darstellt (A. versichert den B., den C., den D. usw., wobei, wenn A. juristische Person, z. B. Aktiengesellschaft, ist, die Versicherungsnehmer B., C., D. nicht Mitglieder [Aktionäre] zu sein brauchen), gehört die Gegenseitigkeitsversicherung dem Sozialrecht an: ein rechtsfähiger Verein, der Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit, versichert seine Mitglieder. Während die Prämienversicherung durch einen schuldrechtlichen Vertrag begründet wird, ist bei der Gegenseitigkeitsversicherung das Geschäft, das Versicherer und Versicherungsnehmer schließen, auf Begründung der Mitgliedschaft gerichtet; erst aus der Mitgliedschaft fließt das Versicherungsverhältnis, und nach dem Inhalt der Mitgliedschaft bestimmt sich der des Versicherungsverhältnisses [2]. Aber auch dieses auf Erzeugung der Mitgliedschaft gerichtete Geschäft ist Rechtsgeschäft (anders vom Standpunkt derer, die die rechtsgeschäftliche Natur sozialrechtlicher Akte leugnen, wie Gierke), und zwar Vertrag (a. M.: K. Lehmann); da der Vertrag wenigstens mittelbar auf Entstehung einer Versicherung gerichtet ist, mag man ihn als Versicherungsvertrag bezeichnen; jedenfalls ist er ein Versicherungsvertrag in der Sprache des VVG. [3].

---

[1] Oft wird irrig als Leibrentenvertrag jeder Vertrag bezeichnet, bei dem die Rente sofort oder zu einem späteren kalendermäßig bestimmten Termin beginnt, als Leibrentenversicherung nur der Vertrag, bei dem die Rente von einem ungewissen Zeitpunkt ab (z. B. vom Tode des Mannes ab an die Witwe auf deren Lebenszeit) geschuldet wird. Hier ist der Begriff der Versicherung zu eng gefaßt: stets, wenn eine Leibrente zum Schutz gegen den vorzeitigen Verbrauch eines Kapitals versprochen (Ehrenberg) und das Verhältnis zwischen Rente und Kapital nach Sterbetafeln berechnet wird, liegt Rentenversicherung vor. Jene Versicherung einer Rente vom eigenen Tode an bis zum Tode der Witwe enthält einen Versicherungsvertrag mit zwei Gefahren; hier werden deshalb zwei Sterbetafeln berücksichtigt. Vgl. RG. 28, 315 ff.

[2] § 20 Satz 2 VAG. leitet in der Fassung irre; er klingt, als sei die Begründung der Versicherung das prius, aus dem der Erwerb der Mitgliedschaft fließt, während es gerade umgekehrt liegt. Er will nichts sagen als daß ein Nichtversicherter nicht Mitglied sein kann. — Früher nahm man oft an, Versicherung und Mitgliedschaft ruhten auf zwei verschiedenen Verträgen, die nach manchen ein „einheitliches Ganzes" bilden. Literatur bei Ehrenberg, VR. I 138 ff., RG. 3, 387; 4, 397; 11, 182; 49, 198.

[3] Vgl. schon ROHG. 8, 183. — Wichtig insbes.: Während die Erklärung des Beitritts zu einer eingetragenen Genossenschaft, Aktiengesellschaft oder Gesellschaft mit beschr. Haftung wegen Irrtums, Betrugs, Drohung nach festem Gewohnheitsrecht nicht angefochten werden kann, ist der Vertrag, durch den jemand Mitglied eines Versich.Vereins a. Gegens. wird, aus jenen Gründen anfechtbar, wie jeder Prämienversicherungsvertrag.

II. Güter- (zu eng Sachversicherung genannt) und Personenversicherung. Bei jener droht die Gefahr einem Gut (einer Sache, einem Sachteil, einem Recht, einer Gewinnaussicht, der Nichtentstehung einer Schuld); bei dieser einer Person (dem Leben, der körperlichen Unversehrtheit). Beispiele der ersten sind: Feuer-, Transport-, Haftpflichtversicherung. Beispiele der zweiten: Lebens-, Unfall-, Krankenversicherung. Die einzelnen Versicherungszweige s. o. § 1.

III. Schadens- und Summenversicherung. Dort hat der Versicherer nicht mehr als den durch den Versicherungsfall entstehenden konkreten Schaden zu ersetzen; hier eine von vornherein festbestimmte Summe, gleichviel ob der Versicherungsfall wirklich einen Vermögensschaden herbeigeführt hat und wie hoch dieser sein mag. Vgl. oben § 3, 4. Oft wird der Gegensatz von Schadens- und Summenversicherung dem Gegensatz von Güter- und Personenversicherung (II) gleichgesetzt[1]. Mit Unrecht: wenn die Lebensversicherung auch in der Regel Summenversicherung ist, so kann sie, wofern sie z. B. auf Ersatz der Begräbniskosten beschränkt ist, Schadensversicherung sein; auch die Unfallversicherung kann unter beide Arten fallen.

Erster Abschnitt.

Die beteiligten Personen.

§ 5. Übersicht. Die Kontrahenten des Versicherungsvertrages heißen Versicherungsnehmer und Versicherer.

1. Der Versicherungsnehmer nimmt in der Regel eine Versicherung für eigene Rechnung, indem er ein eigenes Interesse sichert (z. B. seine eigene Sache gegen Feuer versichern läßt): dann ist er zugleich „Versicherter". Oder er nimmt Versicherung für Rechnung eines anderen (z. B. als Lagerhalter für den Einlagerer): dann ist dieser der Versicherte (vgl. unten § 17). Wer sein Leben versichern läßt, ist zugleich Versicherungsnehmer und Versicherter; nicht sind seine Erben die „Versicherten". Er kann aber seinen Erben oder sonstigen Dritten einen selbständigen Anspruch auf die Versicherungssumme verschaffen: die so Berechtigten heißen „Bezugsberechtigte" (vgl. unten § 21 V). Wer auf das Leben eines Fremden Versicherung nimmt, ist ebenfalls zugleich Versicherungsnehmer und Versicherter; denn versichert ist das Interesse des Versicherungsnehmers an jenem Leben: der, auf dessen Leben die Versicherung gestellt ist, ist nicht Versicherungsberechtigter. Anders bei der Unfallversicherung (§ 179 Abs. 2 VVG.). Bei der gesetzlichen Versicherung gibt es keinen Versicherungsnehmer, sondern statt dessen nur einen Versicherten.

2. Der Versicherer ist in der Regel Versicherungsunternehmer. Hierfür ist Voraussetzung, daß das einzelne Versicherungsgeschäft Glied eines Unternehmens ist, das hauptsächlich und planmäßig auf den Betrieb solcher Geschäfte gerichtet ist. Wer ein andersartiges Unternehmen betreibt, an das sich der Betrieb von Versicherungsgeschäften nur anlehnt, ist nicht Versicherungsunternehmer (so insbesondere der Zeitungsbesitzer, der daneben Abonnentenversicherung betreibt, wiewohl die einzelnen Geschäfte, die er schließt, Versicherungsverträge im Sinne des VVG. sind); RG. Strafs. 35, 346 ff., 36, 127 ff.; Denkschrift über Abonnentenversicherung s. oben § 3, 2. Noch weniger ist Versicherungsunternehmer, wer nur gelegentlich Versicherungen gewährt (was insbesondere bei Seeversicherungen vorkommt). Nur auf Versicherungsunternehmer, nicht auf alle Versicherer findet das VUG. von 1901 Anwendung; insbesondere gilt nur für jene die staatliche Aufsicht und der Konzessionszwang.

3. Hilfspersonen des Versicherers sind die in seinem Betrieb Angestellten (regelmäßig Handlungsgehilfen), insbesondere die zur Aufsicht über die Agenten und zur Schadensfeststellung berufenen Inspektoren; die dauernd für den Betrieb tätigen, aber ihm nicht eingeordneten Versicherungsagenten; die Assekuranzmäkler (Handelsmäkler) u. a. Die Ver-

[1] Vgl. auch § 1 Abs. 1 VVG., der Schadens- und Personenversicherung gegenüberstellt, der aber unter Schadensversicherung hier wie im 2. Abschnitt Titel 1 („Vorschriften für die gesamte Schadensversicherung") nur die Güterversicherung (vgl. II) versteht.

sicherungsagenten sind, wenn der Versicherer Kaufmann ist, regelmäßig Handlungsagenten und daher selbst Kaufleute, §§ 1 Nr. 7, 84 HGB. (bisweilen freilich nur Handlungsgehilfen: KG., OLG. 11, 375)[1]. Regelmäßig wird das Arbeitsgebiet des Versicherers in eine Reihe von Generalagenturen (Subdirektionen) eingeteilt, deren jede wieder in Agenturen zerlegt wird. Die Versicherungsagenten sind entweder mit dem Abschluß oder nur mit der Vermittelung von Versicherungsverträgen betraut; meist das letzte. Nur in der Feuer-, Hagel- und Transportversicherung finden sich Abschlußagenten. Der Agenturvertrag ist Dienstvertrag (§ 675 BGB.). Die Vollmacht eines Abschlußagenten schließt nicht nur den Abschluß von Versicherungsverträgen in sich, sondern auch deren Änderung oder Verlängerung und die Abgabe von Kündigungen oder Rücktrittserklärungen (§ 45 VVG.). Vermittelungsagenten dürfen nicht nur vermitteln, sondern in gewissen Grenzen auch vertreten: sie können Vertragsanträge, Anzeigen, Kündigungen, Rücktrittserklärungen und ähnliche Erklärungen entgegennehmen, Versicherungsscheine aushändigen und, wenn sie im Besitz einer vom Versicherer ausgestellten Prämienrechnung sind, Prämien nebst Zinsen und Kosten annehmen (§ 43 VVG.). Alle diese Handlungen wirken als Handlungen des Versicherers; daher ist für die Berechnung der Frist, während der der Antragsteller an seinen Antrag gebunden ist, die Zeit des Zugehens beim Agenten maßgebend; übermittelt der Agent dem Versicherer den Antrag anders, als er ihm erklärt wurde (z. B. unter Verschweigung einer mündlich gemachten Bedingung), so wirkt der Antrag so, wie er dem Agenten erklärt wurde (vgl. Veröff. APV. 11 Anl. 45 u. a.). Ein auf einen bestimmten Bezirk beschränkter Agent hat Vertretungsmacht nur für Angelegenheiten dieses Bezirkes (§ 46 VVG.). Die Vertretungsmacht der Agenten kann durch Erklärung des Versicherers ausgeschlossen oder ihr gesetzlicher Inhalt beschränkt werden. Solche Beschränkungen wirken aber nicht gegen gutgläubige Dritte (ähnlich wie bei anderen Handlungsbevollmächtigten nach § 54 Abs. 3 HGB.; aber während nach § 54 HGB. dem Dritten schon die leichtfahrlässige Unkenntnis der Vollmachtsbeschränkung schadet, schadet ihm bei Verhandlungen mit dem Versicherungsagenten nur grobfahrlässige Unkenntnis); § 47 VVG. Inwieweit der Versicherer sich die Kenntnis seiner Agenten als eigene Kenntnis anrechnen lassen muß (z. B. die Kenntnis verschwiegener Gefahrumstände, § 16), war im bisherigen Recht streitig; jetzt ist die Frage für Abschlußagenten nach § 166 BGB. zu bejahen, für Vermittelungsagenten zu verneinen (§ 44 VVG). Die Niederlassung oder der Wohnsitz des Agenten gibt für Prozesse gegen den Versicherer einen unausschließbaren, aber nicht ausschließlichen Gerichtsstand (§ 48 VVG.). Vgl. auch unten § 9 III.

Cosack 560 ff.; Kohler 394 ff.; Lehmann 1025 ff.; Ehrenberg, VR. I 205 ff. und Göttinger Festgabe f. Jhering, 1892, 1 ff.; Hagen, Jherings J. 61, 229 ff.; Schneider, LeipzZ. 10, 53 ff.; Serini, Z. f. VersWiss. 10, 362 ff.; Manes, VersWesen 97 ff.

§ 6. Die Formen der privaten Versicherungsunternehmung. I. Seit dem VAG. kann die Gegenseitigkeitsversicherung nur von Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit betrieben werden, nicht mehr von Vereinen des BGB., von Gesellschaften oder von Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften (§ 6 Abs. 1; Übergangsvorschriften: §§ 101 bis 103). Ein Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit kann jeden Zweig der Versicherung betreiben. Über die Organisation der Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit vgl. unten § 7.

II. Die Prämienversicherung kann

1. von Aktiengesellschaften betrieben werden. Für die wichtigsten Versicherungszweige sind sie sogar (abgesehen von Gegenseitigkeitsvereinen) ausschließlich zugelassen, nämlich für die Lebensversicherung aller Arten, die Unfall-, Haftpflicht-, Feuer-, Hagelversicherung (§ 6 Abs. 2, 3 VAG.). Die Versicherungsaktiengesellschaften unterstehen denselben Rechtssätzen wie andere Aktiengesellschaften. Doch ist hier abweichend vom allgemeinen Aktienrecht (§ 278 Abs. 1 HGB.) eine Erhöhung des Grundkapitals vor der Vollzahlung zulässig; das Grundkapital dient hier weniger dem Geschäftsbetriebe als der Zahlung solcher Schäden, die sich etwa aus den Prämien nicht decken lassen (es ist üblich, daß die Aktionäre außer den Einzahlungen auf die Aktien einen durch freiwillige weitere Leistungen aufgebrachten

[1] Eine mit solchen Handlungsgehilfen besetzte Generalagentur ist keine Zweigniederlassung des Versicherers; Judikatur Z. f. HR. 56, 569. Dazu aber Kohler 393.

„Organisationsfonds" schaffen, der Fehlbeträge in den ersten Jahren des Bestehens vermeiden hilft; Veröff. APV. 10, 222 f.; 11, 98 f.). Für das Statut der Versicherungsaktiengesellschaft sind einige instruktionelle Vorschriften (außer den zwingenden des § 182 HGB.) aufgestellt (§ 8 VAG.; vgl. ferner § 123 VAG.). Die Aktien sind in der Regel vinkulierte Namenaktien. Nicht selten, insbesondere bei der Lebensversicherung, beteiligen die Aktiengesellschaften, ähnlich den Gegenseitigkeitsvereinen, die Versicherungsnehmer am Gewinn, indem sie den Aktionären nur eine (z. B. auf 5 %) beschränkte Dividende gewähren und den Gewinnüberschuß auf die Versicherungsnehmer verteilen.

2. Andere als die zu 1 angeführten Versicherungszweige können auch von anderen Personen als von Aktiengesellschaften betrieben werden: von Einzelpersonen, offenen Handelsgesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Aktienkommanditgesellschaften u. a. So insbesondere die See- und Binnentransportversicherung, die Vieh-, Diebstahls-, Glasversicherung u. a. Der gewerbsmäßige Betrieb solcher Geschäfte macht den sie Betreibenden zum Kaufmann (§ 1 Nr. 3 HGB.).

III. Jede Art der Versicherung, die Gegenseitigkeits- wie die Prämienversicherung, kann von juristischen Personen des öffentlichen Rechts betrieben werden (Reich, Staat, Gemeinden, Kirchen, Universitäten u. a., aber auch besonderen öffentlichrechtlichen Versicherern, sei es Körperschaften oder Anstalten [1], z. B. der Lebensversicherungsanstalt für Armee und Marine, der preußischen Rentenversicherungsanstalt). Sie unterstehen nicht dem VAG., daher nicht der dort geordneten Staatsaufsicht. Landesrechtlich kann ihnen sogar ein Monopolrecht eingeräumt werden (wie der bayrischen Immobiliarbrandversicherungsanstalt (§§ 119, 120 VAG.).

Manes, VersWesen 78 ff.; Böhmer, Z. f. VersWiss. 11, 976 ff.

§ 7. Der Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit. Der Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit (VVaG.), dessen Recht jetzt durch das VAG. von 1901 §§ 15—53 geregelt wird, steht seiner juristischen Natur nach in der Mitte zwischen der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft und der Aktiengesellschaft; wie jene ist er ein nicht auf ein Grundkapital aufgebauter Verein, der sich durch den Gegenstand seines Unternehmens charakterisiert und keine festbegrenzte Zahl von Mitgliederstellen hat; von der Aktiengesellschaft entlehnt der VVaG. erhebliche Teile seiner Organisation, die Normen über Bilanzaufstellung und Reservefonds und das Recht der Auflösung und Liquidation.

I. Da der VVaG. keine Erwerbsgesellschaft ist, vielmehr die durch die Beiträge der Versicherungsnehmer erzielten Überschüsse an diese wieder auszahlt, wurde er vor dem VAG. nach bürgerlichem, nicht nach Handelsrecht beurteilt (ROHG. 18, 398 ff.). Heute gilt er als Vollkaufmann im Sinne des HGB., abgesehen davon, daß er keinen stillen Gesellschafter haben kann (M. Wolff, Berliner Festgabe f. Gierke II, 127 f.), und sein Unternehmen wird wie ein Handelsgewerbe behandelt. Er hat eine Firma, die den Sitz des Vereins erkennen lassen und selbst oder durch Zusatz ausdrücken soll, daß Versicherung auf Gegenseitigkeit betrieben wird. Er wird in das Handelsregister eingetragen.

II. Der VVaG. erlangt Rechtsfähigkeit nicht mit dem Registereintrag, sondern mit der diesem Eintrag vorausgehenden Erlaubnis der Aufsichtsbehörde zum Geschäftsbetrieb (Konzessionssystem; davon unten § 8 III 1). Ist diese Erlaubnis erteilt, so darf der Registerrichter (dessen Tätigkeit hier jeder konstitutiven Kraft entbehrt) nicht nachprüfen, ob sie mit Recht erteilt ist, ob insbesondere eine gültige Satzung vorliegt. Der VVaG. muß eine Satzung haben, mit einem gesetzlich vorgeschriebenen Inhalt; eine gesetzwidrige Satzung macht aber den Verein weder nichtig noch vernichtbar. Die Verfasser der Satzung brauchen nicht Mitglieder des Vereins zu werden (anders als bei der Aktiengesellschaft). Bei jedem VVaG. ist regelmäßig ein Gründungsfonds zu bilden, aus dem die Kosten der Vereinserrichtung gedeckt werden und der als Garantie- und Betriebsfonds dient. Er entspricht dem bei den Versicherungsaktiengesellschaften üblichen Organisationsfonds (vgl. § 6 II 1). Er wird nicht durch Mitgliederbeiträge, sondern regelmäßig durch Darlehen (von Mitgliedern oder Nicht-

[1] Das preuß. G. v. 25. 7. 1910 bezeichnet (§ 3) die öffentlichen Feuerversicherungsanstalten als „Körperschaften"; das eben sind sie nicht, sondern Anstalten.

mitgliedern) beschafft. Den Darlehensgebern darf ein Kündigungsrecht nicht eingeräumt, es kann ihnen eine Verzinsung bis zu 4% und ein Anteil am Jahresüberschuß (zusammen bis zu 6%) zugesichert werden; wird der Gründungsfonds in Anteile zerlegt, so können Anteilscheine ausgestellt werden, die auf Namen oder auf Inhaber gestellt sein, Wertpapiernatur haben oder entbehren können; die Rückzahlung der Darlehen geschieht nur aus den Jahreseinnahmen. Gerät der Verein in Konkurs, so stehen die Gründungsfondsgläubiger hinter allen übrigen Konkursgläubigern zurück, sogar hinter den Versicherungsansprüchen der Mitglieder.

III. Die notwendigen Organe des VVaG. sind der Vorstand, der Aufsichtsrat und das „oberste Organ". Für die beiden ersten gelten im allgemeinen die Grundsätze des Aktienrechts. Das oberste Organ ist entweder eine Mitgliederversammlung (die alsdann fast ganz wie die Generalversammlung der Aktiengesellschaft behandelt wird) oder — bei den größten VVaG.'en üblich — nur ein Mitgliederausschuß, dessen Glieder entweder gewählt oder durch die Satzung von Anfang an bestimmt und später durch Kooptation ergänzt werden. In beiden Fällen gelten für das oberste Organ die meisten Sätze, die für die Generalversammlung der Aktiengesellschaft gelten; abweichend vom Aktienrecht ist das Stimmrecht der Vereinsmitglieder nicht unentziehbar. Bedingungen und Form der Ausübung des Stimmrechts können durch die Satzung beliebig geregelt werden. Im Gegensatz zur Aktiengesellschaft sind alle Organe durch die überwachende Tätigkeit der Aufsichtsbehörde eingeengt.

IV. Die Vereinsmitglieder sind als solche Versicherungsnehmer (über die Begründung der Mitgliedschaft und des Versicherungsverhältnisses vgl. oben § 4 I). Der VVaG. kann aber, wenn die Satzung dies gestattet, auch Prämienversicherungsverträge (mit Nichtmitgliedern) schließen (insbesondere für Rückversicherungen und Schlachtviehversicherungen häufig). Die Mitglieder sind dem Verein gegenüber beitragspflichtig, während sie den Vereinsgläubigern nicht unmittelbar haften (auch nicht im Konkursfall; anders als bei der Genossenschaft mit unbeschränkter oder beschränkter Haftpflicht). Den Inhalt der Beitragspflicht im einzelnen bestimmt die Satzung; sie kann Vorausleistungen (sog. Vorprämien) oder Leistungen nach eingetretenem Bedarf (Umlageverfahren) festsetzen; sie kann bestimmen, ob die Beiträge einmalige oder wiederkehrende sein sollen, ob eine unbeschränkte oder eine beschränkte Nachschußpflicht (oder Umlagepflicht) oder, was kaum vorkommt, keinerlei Nachschußpflicht besteht, ob eine Kürzung der Versicherungsansprüche vorbehalten sein soll oder nicht; sie setzt fest, unter welchen Voraussetzungen und in welcher Weise Nachschüsse oder Umlagen ausgeschrieben und eingezogen werden. Gegen seine Beitragsschuld kann das Mitglied (ähnlich wie ein Aktionär oder Genosse) nicht mit einer Forderung an den Verein aufrechnen; dagegen ist ein Erlaß oder eine Stundung der Beitragsschuld oder ein Aufrechnungsvertrag zugelassen. Das VVG. (§ 1 Abs. 2 Satz 2) behandelt die Beiträge den Prämien völlig gleich. Die Rechte der Mitglieder sind das (freilich statutarisch entziehbare, vgl. oben III) Stimmrecht im obersten Organ, das Recht auf Verteilung der jährlichen Bilanzüberschüsse und der Versicherungsanspruch; daß dieser Anspruch als mitgliedschaftsrechtlicher individualrechtlichen Ansprüchen nicht gleichsteht, zeigt sich im Konkurse: hier gehen die Versicherungsansprüche der gegenwärtigen oder im letzten Jahre ausgeschiedenen Mitglieder den echten Konkursforderungen nach, außer den Forderungen der Gründungsfondsgläubiger, die allen übrigen Ansprüchen nachstehen. Versicherungsansprüche solcher Mitglieder, die seit mehr als einem Jahre ausgeschieden sind, sind dagegen echte Konkursforderungen.

V. Bei jedem VVaG. ist, wenn nicht die Aufsichtsbehörde davon befreit, ein Reservefonds zu bilden wie bei der Aktiengesellschaft (daher besser: Reservekonto, im Gegensatz zu dem Prämienreservefonds der Lebensversicherungsgesellschaften, wovon unten § 21 III). Welche Beträge in ihn einzustellen sind, bestimmt die Satzung. Der Reservefonds dient nur der Ausgleichung einer Unterbilanz. Doch sind daneben, wie im Aktienrecht, Reservefonds, die anderen Zwecken, z. B. der Deckung von Kursdifferenzen, dienen, kraft Satzung möglich.

VI. Die Satzung kann durch Beschluß des obersten Organs (mit qualifizierter Mehrheit) unter Genehmigung der Aufsichtsbehörde geändert werden; rein redaktionelle Änderungen können durch Beschluß des obersten Organs dem Aufsichtsrat übertragen werden. Die Satzungsänderung wird in das Handelsregister eingetragen, und diese Eintragung hat, im Gegensatz zur erstmaligen Eintragung der Satzung, konstitutive Kraft. Die Satzungsänderung

berührt bestehende Versicherungsverhältnisse nur, wenn der Versicherte zustimmt. Was für die Satzungsänderung, gilt auch für Änderungen der allgemeinen Versicherungsbedingungen (über sie unten § 9 II).

VII. Der VVaG. wird „aufgelöst" durch Ablauf der in der Satzung bestimmten Zeit, durch Beschluß des obersten Organs (im Zweifel mit Dreiviertelmehrheit) unter Genehmigung der Aufsichtsbehörde, durch Vereinskonkurs und durch (§ 67 Abs. 3 VUG.) Untersagung des Geschäftsbetriebes seitens der Aufsichtsbehörde. Die Auflösung bewirkt, ganz wie bei der Aktiengesellschaft, nicht ein sofortiges Erlöschen des Vereins, vielmehr besteht dieser während des Liquidations- oder Konkursverfahrens fort. Umlage- und Nachschußverfahren im Konkurse des VVaG. sind nach dem Vorbilde des Konkurses der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft geregelt.

VIII. Viele Gegenseitigkeitsvereine haben satzungsmäßig einen sachlich, örtlich oder persönlich eng begrenzten Wirkungskreis: bäuerliche Brandkassen, Kuhgilden, Totenladen, Geschworenenauslosungskassen u. dgl. Für solche kleineren Versicherungsvereine würde das für die großen geltende Handelsrecht nicht passen. Sie sind daher nicht Kaufleute (auch nicht Minderkaufleute); sie werden nicht in das Handelsregister eingetragen; sie haben keine Firma; sie unterstehen im wesentlichen dem Vereinsrecht des BGB.; sie brauchen keinen Aufsichtsrat zu haben, und wenn einer geschaffen wird, so gelten für ihn die Sätze des Genossenschafts-, nicht des Aktienrechts (kein Tantiemerecht der Aufsichtsratsmitglieder); sie können keine Prämienversicherungsverträge mit Nichtmitgliedern schließen. Auch der kleinere Verein ist juristische Person; auch ihm verleiht die Aufsichtsbehörde die Rechtsfähigkeit. Ob der Verein ein „kleinerer" ist, entscheidet die Aufsichtsbehörde (§ 53 VUG.).

Cosack 821 ff.; Kohler 377 ff.; K. Lehmann 1016 ff.; Ehrenberg, VR. 103 ff.; Wörner, Der Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit 1904. — Friedeberg, Z. f. VWiss. 5, 358 ff.; Vivante, Baumgartners Z. 1, 1 ff.; Gobbi, Le società di mutuo soccorso [2] 1909.

§ 8. Die Staatsaufsicht über die Versicherungsunternehmer. I. Seit dem VUG. besteht eine staatliche Aufsicht grundsätzlich über alle privaten Versicherungsunternehmungen. Aufsichtsfrei sind nur solche Versicherer, die die Versicherung gegen Kursverluste, die Transportversicherung oder ausschließlich die Rückversicherung betreiben, außer den Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit. Die Aufsichtsfreiheit erklärt sich bei diesen Versicherungszweigen dadurch, daß dem Versicherer in der Regel geschäftserfahrene Kaufleute gegenüberstehen, die eines behördlichen Schutzes nicht bedürfen. Ob die Versicherung von Transportmitteln, insbesondere Kraftwagen (auch gegen Gefahren außerhalb des Transports), als „Transportversicherung" aufsichtsfrei ist, ist streitig; das AufsAmt, das die Frage zuerst mit Recht verneint hat, läßt die Kraftwagenversicherung jetzt aufsichtsfrei [1].

II. Die staatliche Aufsicht ist grundsätzlich Reichsaufsicht. Nur wenn der Geschäftsbetrieb des Unternehmers bestimmungsgemäß auf einen Bundesstaat beschränkt ist, hat dieser das Aufsichtsrecht (in Preußen der Regierungspräsident, für Berlin der Polizeipräsident): einige Kleinstaaten, z. B. Hessen, haben alle Aufsicht dem Reich übertragen; vgl. §§ 2, 3 VUG. Aufsichtführende Reichsbehörde ist das Kaiserliche Aufsichtsamt für Privatversicherung (APV.) in Berlin. Seine Organisation ähnelt der des Bundesamts für Heimatswesen, des Reichsversicherungsamts, des Patentamts. Es besteht aus dem Vorsitzenden, ständigen und nichtständigen Mitgliedern; den Vorsitzenden und die ständigen Mitglieder ernennt der Kaiser auf Vorschlag des Bundesrats, die nichtständigen der Bundesrat. Der Reichskanzler kann (aus Landesbeamten) besondere staatliche Kommissare bestellen, die mit der unmittelbaren Aufsicht über bestimmte Unternehmungen betraut werden (z. B. für den Stuttgarter Allg. Deutschen Versicherungsverein geschehen). Das APV. erhält einen Versicherungsbeirat, der aus Sachverständigen des Versicherungswesens besteht; die Mitglieder

[1] Veröff. APV. 6, 17, 7, 154 ff.; anders jetzt 9, 122 (nachgiebig gegenüber RG. 72, 418 ff.; allein das RG. hat die Frage, ob die Kraftwagenversicherung Transportversicherung im Sinne des § 116 VUG. sei, nicht geprüft, und es ist methodisch anfechtbar, anzunehmen, daß das Wort „Transportversicherung" in zwei Gesetzen dieselbe Bedeutung haben müsse oder auch nur im Zweifel habe). Literatur: J. Gierke, Festgabe f. Güterbock 1910; Rehm, Z. f. HR. 64, 369 ff.; Hagen, DJZ. 1908, 864 ff.; Könige 3 zu § 116 VUG.

werden vom Kaiser auf Vorschlag des Bundesrats auf fünf Jahre ernannt; ihr Amt ist unentgeltliches Ehrenamt; sie erhalten Tagegelder und Reisekostenvergütung. Sie haben auf Erfordern Gutachten zu erstatten, in gewissen Fragen auch ein Stimmrecht (§§ 70—72 VAG.). Die wichtigsten Beschlüsse (z. B. über die Erteilung der Erlaubnis zum Geschäftsbetriebe, über die Genehmigung gewisser Betriebsänderungen) faßt das APV. nach mündlicher Beratung (unter Umständen mündlicher Verhandlung) in einer Besetzung von 3 Mitgliedern des Amtes und 2 Mitgliedern des Versicherungsbeirats; gegen die Beschlüsse haben die Beteiligten innerhalb eines Monats den Rekurs, über den wieder das APV. entscheidet, diesmal in der Besetzung von 3 (anderen) Mitgliedern des Amtes, 2 (anderen) Mitgliedern des Versicherungsbeirats und einem (auf die Dauer seines Hauptamts ernannten) richterlichen Beamten sowie einem (ebenso ernannten) Mitglied eines höchsten Verwaltungsgerichtshofs. Im Verfahren herrschen nicht wie im Zivilprozeß Verhandlungsprinzip und Parteibetrieb (vielmehr: Darstellung des Sachverhalts durch vom Vorsitzenden ernannte Berichterstatter; Beweiserhebungen von Amts wegen u. a.) §§ 73—80 VAG., Kais. Verordn. betr. Verfahren und Geschäftsgang des APV. v. 23. Dezember 1901. Die Kosten des APV. und des Verfahrens trägt das Reich; es erhebt aber von allen beaufsichtigten Unternehmungen jährlich Pauschgebühren, die nach den Jahreseinnahmen jeder Unternehmung bemessen werden (§ 81 VAG.).

III. Die Staatsaufsicht hat zum Inhalt:

1. die Zulassung: die Versicherungsunternehmer bedürfen zum Geschäftsbetriebe der Erlaubnis der Aufsichtsbehörde (Betriebs-, nicht notwendig Gewerbekonzession). Die Erlaubnis darf nicht beliebig versagt werden (deshalb nicht reine Verwaltungssache), insbesondere nicht wegen mangelnden Bedürfnisses, sondern nur wenn ein gesetz- oder sittenwidriger Betrieb zu befürchten ist oder der Geschäftsplan gesetzlichen Vorschriften zuwiderläuft, oder wenn die Interessen der Versicherten nicht hinreichend gewährt sind oder die dauernde Erfüllbarkeit der Pflichten aus der Versicherung nicht dargetan ist (§§ 4, 5, 7, 11 VAG.). Hiernach hat das APV. die finanzielle Ausstattung des Unternehmens zu prüfen; es kann auch den Betrieb einer Mehrheit von Versicherungszweigen, die zueinander nicht passen (wie der auf zuverlässigen Erfahrungen und sicheren mathematischen Berechnungen aufgebauten Lebensversicherung zugleich mit der viel unsichereren Feuer-, Hagel-, Transportversicherung) verbieten oder den Betrieb eines anderen Gewerbes neben dem Versicherungsgewerbe (z. B. des Bankgewerbes) untersagen; Veröff.APV. 3, 91; 4, 34; 6, 75 u. a.; 2, 109. — Die Geschäfte, die ein Versicherungsunternehmer ohne die erforderliche Konzession schließt, sind gültig.

2. Der Genehmigung der Aufsichtsbehörde bedürfen Änderungen des Geschäftsplans, ferner Verträge, durch die der Versicherungsbestand des Unternehmens auf ein anderes Unternehmen übertragen werden soll (§§ 13, 14, 44 VAG.). Arten der Bestandsübertragung sind die Übertragung des gesamten Versicherungsbestandes (sog. Portefeuilleabtretung, wohin insbesondere die Fusion zweier Aktiengesellschaften oder einer Aktiengesellschaft mit einem Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit gehört) und die Übertragung einzelner Versicherungszweige. Fehlt die Genehmigung der Aufsichtsbehörde, so wird dadurch die privatrechtliche Gültigkeit des Übertragungsvertrags nicht berührt; andererseits ersetzt die Genehmigung der Aufsichtsbehörde nicht die Schutzvorschriften, die das HGB. für den Fall der Vermögensübertragung von Aktiengesellschaften aufstellt (Liquidation, Sperrjahr usw.; vgl. §§ 303 ff.); RG. 72, 16 ff. Die Aufsichtsbehörde kann die Genehmigung nur aus den Gründen versagen, aus denen sie die Zulassung zum Geschäftsbetrieb versagen könnte. — Der Genehmigung der Aufsichtsbehörde bedürfen ferner Versicherungsaktiengesellschaften und Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit zum Erwerbe von Grundstücken, außer bei Erwerb der von ihnen beliehenen Grundstücke in der Zwangsversteigerung (§ 54 VAG.); hier wirkt der Mangel der Genehmigung auch privatrechtlich erwerbshindernd.

3. Die Aufsichtsbehörde hat den gesamten Geschäftsbetrieb zu überwachen. Sie kann Anordnungen treffen, um den Betrieb mit dem Gesetz in Einklang zu halten oder zu setzen, und ihre Durchführung durch Geldstrafen erzwingen. Sie kann die Geschäftsführung und die Vermögenslage prüfen und dazu die Geschäftsbücher einsehen. Sie kann in die Sitzungen der Vereinsorgane Vertreter senden, die jederzeit zu hören sind; sie kann sogar selbst Versammlungen einberufen, denen ihr Vertreter vorsitzt. Bei fortgesetzt pflichtwidrigem Verhalten

und bei den schwersten Mißständen kann sie äußerstenfalls den Betrieb untersagen: dann dürfen neue Versicherungen nicht abgeschlossen, alte nicht erhöht oder verlängert werden. Sie kann Konkurseröffnung beantragen oder, wenn die Vermeidung des Konkurses im Interesse der Versicherten liegt, die nötigen Heilungshandlungen vornehmen, Gewinnverteilungen verbieten, auf eine Erhöhung der Beiträge dringen; bei Lebensversicherungen darf sie sogar (wovon aber bisher kein Gebrauch gemacht zu sein scheint) die Versicherungssummen bis zu zwei Dritteln herabsetzen (§§ 64—69 VUG.).

IV. Auch ausländische Versicherungsunternehmer bedürfen der Erlaubnis, um in Deutschland durch Vertreter oder Vermittler das Versicherungsgeschäft zu betreiben. Diese Erlaubnis erteilt der Reichskanzler; er kann sie, anders als bei inländischen Versicherern, nach Belieben versagen; er darf sie aber nur erteilen, wenn das APV. erklärt hat, daß keiner der gesetzlichen Versagungsgründe für inländische Versicherer vorliegt, wenn der Unternehmer rechtsfähig ist und sich verpflichtet, in Deutschland eine Niederlassung zu unterhalten und einen Hauptbevollmächtigten mit Wohnsitz in Deutschland zu bestellen. Ist ein ausländisches Unternehmen zugelassen, so wird es wie ein deutsches vom APV. beaufsichtigt (§§ 85—91 VUG.).

Kohler 463 ff.; K. Lehmann 1008 ff.; Moldenhauer, Aufsicht üb. d. priv. VersUntern. 1903; Josef, Z. f. HR. 66, 101 ff.; Könige, LeipzZ. 2, 337 ff.; Ehrenberg, Z. f. VersWiss. 4, 24; Schellwien, ebenda 11, 269 ff.; Emminghaus, LeipzZ. 2, 23 ff.; Wörner, Ehrenzweigs AssJahrb. 30, 95 ff. — Pannier, De l'autorisation et de la surveillance des sociétés d'ass. sur la vie. Paris 1905.

Zweiter Abschnitt.

Das Versicherungsverhältnis.

§ 9. Der Abschluß des Versicherungsvertrags. I. Wo das Versicherungsverhältnis auf einem Vertrage beruht, kommt dieser nach allgemeinen Grundsätzen durch Antrag und Annahme zustande. Meist ist der Versicherungsnehmer Offerent, der Versicherer Akzeptant (umgekehrt bei der Versicherung durch Automaten, wie sie bei der Reiseunfallversicherung vorkommt); die Offerte geschieht meist durch Einreichung eines ausgefüllten und unterschriebenen Formulars. Gewöhnlich erklärt der Offerent, daß er sich an seinen Antrag eine Zeitlang gebunden halte; bei der Feuerversicherung ist er 2 Wochen gebunden (§ 81 VVG.; dazu Veröff.APV. 10, 17 ff.). Der Vertrag bedarf kraft Gesetzes keiner Form; doch wird bisweilen eine Form (z. B. Ausstellung des Versicherungsscheins, wovon unten § 13) vereinbart. Dem Vertragsschluß geht nicht selten ein Vorvertrag voraus, insbesondere zwischen dem Versicherer und einem Verbande gewerblicher oder landwirtschaftlicher Interessenten; in ihm werden die Grundlagen der künftigen einzelnen Versicherungsverträge (vor allem die Prämienbemessung) festgestellt, und jeder Verbandsangehörige erwirbt einen Anspruch auf entsprechenden Vertragsschluß.

II. Der Hauptinhalt des Vertrags wird durch Bezugnahme auf die allgemeinen Versicherungsbedingungen festgestellt. Jeder Versicherungsunternehmer stellt solche Bedingungen (richtiger: Bestimmungen) auf und reicht sie dem APV. mit seinem Gesuch um Zulassung zum Geschäftsbetrieb ein (§ 4 VUG.); sie geben an, wann der Versicherer zu leisten verpflichtet, wann er es ausnahmsweise nicht ist, welche Leistungen dem Versicherungsnehmer obliegen, und was die Verzugsfolge ist; sie enthalten die Grundsätze über die Dauer, stillschweigende Verlängerung, Kündigung, Aufhebung des Vertrags, über die Rückzahlungspflichten des Versicherers bei Aufhebung, über Anspruchsverlust bei Fristsäumnis, über Gericht und Verfahren bei Streitigkeiten u. a. Sie sind nicht objektives Recht, sondern lex contractus, im voraus bestimmter Inhalt zahlreicher Versicherungsverträge (vgl. dazu RG. 81, 119). Sie sind dem Versicherungsnehmer regelmäßig vor dem Vertragsschlusse auszuhändigen; doch schadet eine Zuwiderhandlung der Gültigkeit des Vertrages nicht. Vertragliche Abweichungen von den allgemeinen Versicherungsbedingungen sind zulässig; wenn zuungunsten des Versicherungsnehmers, so soll er vorher auf die Abweichung hingewiesen und sein schriftliches Einverständnis eingeholt werden (§§ 9, 10 VUG.).

III. Beim Vertragsschluß wirken meist Agenten des Versicherers mit (über sie oben § 5, 3). Sie haben die Aufgabe, den Versicherungsnehmer über den Inhalt der Versicherungsbedingungen und des Antragsformulars aufzuklären; wo diese doppeldeutig sind, muß der Versicherer die Aufklärung des Agenten gegen sich gelten lassen. Stehen aber die Reden des Agenten mit dem eindeutigen Wortlaut der Urkunden in Widerspruch, so wirken sie regelmäßig nicht gegen den Versicherer (RG. 27, 152 ff.; 46, 188; 66, 276; 73, 302 ff. u. a.). Zu einem von den allgemeinen Versicherungsbedingungen abweichenden Vertrage ist kein Agent ohne besondere Vollmacht befugt.

IV. Welche Grundsätze bei Mängeln des Vertrags gelten, bestimmt sich nach dem BGB. (Anfechtung wegen Irrtums, Betrugs, Drohung usw.; Unwirksamkeit von Verträgen beschränkt Geschäftsfähiger usw.). Insbesondere ist ein unsittlicher Versicherungsvertrag nichtig (vgl. OLG. 15, 312 f. u. unten § 12 I a. E.).

V. Die Abreden, über die ein Einverständnis erzielt sein muß, betreffen insbesondere die Art der Gefahr, das gefährdete Objekt, die Versicherungssumme, die Prämien oder Beiträge, die Dauer des Versicherungsverhältnisses (vgl. unten §§ 10 ff.).

VI. Im Versicherungsrecht herrscht nicht volle Vertragsfreiheit. Das VVG. hat vielmehr für manche Punkte einen normalen Vertragsinhalt festgestellt und Abweichungen davon oft entweder schlechthin für nichtig (z. B. § 8) oder doch insoweit für nichtig erklärt, als sie dem Versicherungsnehmer ungünstiger wären als die gesetzliche Regelung (z. B. § 6 Abs. 3)[1]. Volle Vertragsfreiheit besteht nur bei einigen Versicherungszweigen, bei denen mit Rücksicht auf die durchschnittliche Geschäftserfahrung der Versicherungsnehmer ein erhöhter Schutz nicht nötig ist: das sind (außer der See- und der Rückversicherung) die Gütertransportversicherung, die Kredit-, die Kursverlustversicherung und, weil noch unausgebildet, die Versicherung gegen Arbeitslosigkeit; ferner jede Schadensversicherung, wenn sie als laufende Versicherung genommen wird (davon § 12 I 1); § 187 VVG. Durch Kaiserl. Verordn. kann die Vertragsfreiheit noch in weiterem Umfange eingeführt werden (§ 188); doch ist das bisher nicht geschehen.

VII. Das Versicherungsverhältnis wird, was insbesondere für die Vertragsauslegung erheblich ist, von Treu und Glauben beherrscht, aber nicht in höherem Maße als andere Schuldverhältnisse. Von einem contractus uberrimae fidei zu sprechen, wie seit langem geschieht, ist heute unbegründet.

Cosack 562 ff.; Kohler 416 ff.; K. Lehmann 1033 ff.; Ehrenberg, VR. 73 ff., 180 ff., 251 ff.; Demelius, Z. f. VersWiss. 7, 436 ff., 9, 128 ff.; Ehrenzweigs AssJahrb. 33, 133 ff.; Josef, Z. f. VWiss. 8, 688 ff.; Arch. ziv. Prax. 103, 128 ff.; Keup, Mitt. öff. FeuerversAnst. 1913, Beiheft 38 ff. — J. Gierke, Verh. d. 27. D. JurTags II, 57 ff. — Josef, Iherings J. 59, 369 ff., LeipzZ. 1911, 54 ff.; Z. f. HR. 67, 166 ff., 524; Schneider, LeipzZ. 1910, 53 ff. — Schneider, Z. f. VersWiss. 11, 125; Basler, ebenda 14, 623 ff. — Grauer, Z. f. VersWiss. 13, 290 ff. — Sammlung der allg. Versicherungsbedingungen (herausgeg. vom Verein f. VersWiss. (bisher 5 Teile).

§ 10. Die Gefahr. I. Der Versicherungsvertrag bestimmt, gegen welche Gefahr versichert werden soll. Wird schlechthin Feuer-, Hagel-, Vieh-, Transport-, See- oder Haftpflichtversicherung vereinbart, ohne daß die Gefahr im einzelnen vertraglich genau bestimmt wird, so gelten gewisse (meist nachgiebige) Rechtssätze über das Maß der vom Versicherer übernommenen Gefahr. Davon §§ 19, 20.

II. Der Betrieb des Versicherungsgewerbes setzt voraus, daß der Versicherer die für die Gefahrbeurteilung erheblichen Umstände tunlichst vollständig erfährt. Daher legt das VVG. §§ 16—22, wie schon das bisherige Recht, dem Versicherungsnehmer eine sog. Anzeigepflicht auf; ebenso HGB. §§ 806 ff. (Seeversicherung).

1. Dem Versicherungsnehmer liegt zweierlei ob: eine Handlung (die positive Anzeige) und eine Unterlassung (unrichtiger Angaben). Beide beziehen sich auf die für die Übernahme der Gefahr erheblichen Umstände; jeder Umstand, nach dem der Versicherer schriftlich und ein-

[1] Der Ausdruck des Gesetzes ist dann stets der, daß der Versicherer sich auf eine abweichende, dem Versicherungsnehmer nachteilige Abmachung „nicht berufen könne“: eine irreleitende prozessuale Wendung für einen materiellrechtlichen Gedanken; die Abrede ist unwirksam, auch wenn der Versicherer sich nicht auf sie beruft (z. B. im Versäumnisverfahren gegen ihn).

deutig fragt (insbesondere durch einen zugleich mit dem Antragsformular vorgelegten Fragebogen), ist im Zweifel (nicht notwendig; vgl. insbesondere oft die Frage nach den Eigentumsverhältnissen, RG. Gruchot 51, 615, 1028) erheblich. Allein die Handlungspflicht geht nicht so weit wie die Unterlassungspflicht. Kraft dieser muß er jede unrichtige Anzeige über erhebliche Umstände vermeiden. Kraft jener dagegen muß er nur diejenigen erheblichen Umstände anzeigen, die ihm bekannt sind oder die zu erfahren er arglistig versäumt (z. B. durch Nichtlesen eines Briefs, um nichts Ungünstiges zu erfahren). Wem infolge grober Fahrlässigkeit ein erheblicher Umstand unbekannt bleibt, der ist daher nicht anzeigepflichtig (anders Schweiz. VVG. 4); wer dagegen eine unrichtige Anzeige macht, die er fahrlässig oder schuldlos für richtig hält, verletzt seine Pflicht. Ist dem Versicherungsnehmer ein Fragebogen vorgelegt worden, so begrenzt sich seine positive Anzeigepflicht sogar auf die (ihm bekannten) Umstände, nach denen gefragt ist; andere Umstände braucht er nur anzuzeigen, wenn die Nichtanzeige arglistig wäre. Die Pflicht, Erhebliches anzuzeigen und unrichtige Angaben zu unterlassen, besteht nicht nur bei Einreichung des Vertragsantrags, sondern noch beim Vertragsschluß, demnach bis zur Annahme des Antrags. Sie entfällt, wenn der Versicherer die Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit der Angabe des Versicherungsnehmers kennt oder von ihr Kenntnis zu nehmen arglistig versäumt.

2. Eine Verletzung der Anzeigepflicht berührt die Gültigkeit des Vertrags nicht. Ihre Wirkung ist verschieden, je nachdem der Versicherungsnehmer schuldhaft gehandelt hat oder nicht (sein Verschulden wird vermutet).

a) Hat er die Anzeigepflicht schuldhaft verletzt, so hat der Versicherer zwar kein Anfechtungsrecht wegen Irrtums, wie er es nach allgemeinen Grundsätzen hätte, wohl aber ein Rücktrittsrecht binnen Monatsfrist seit Kenntnis von der Verletzung der Anzeigepflicht. (Das Rücktrittsrecht besteht auch, wenn die verschwiegene oder unrichtig angezeigte Tatsache vor dem Versicherungsfall wegfällt; anders Schweiz. VVG. 8 Nr. 1.) Tritt er zurück, so müssen beide Teile einander die empfangenen Leistungen zurückgewähren und Geldbeträge von der Zeit des Empfanges an verzinsen. Nur die Prämie für die laufende Versicherungsperiode gebührt dem Versicherer (§ 40 Abs. 1 VVG.; vgl. § 811 Abs. 2 HGB.). War beim Rücktritt der Versicherungsfall schon eingetreten, so bleibt der Versicherer dann zur Leistung der Ersatzsumme verpflichtet, wenn der verschwiegene oder unrichtig angegebene Umstand auf den Eintritt des Versicherungsfalls und den Umfang der Leistung ohne Einfluß gewesen ist; so, wenn der Lebensversicherungsnehmer eine Erkrankung verschwiegen hat, aber durch Absturz in den Alpen stirbt. Bei arglistiger Täuschung über Gefahrumstände (dazu RG. 81, 13 ff.) hat der Versicherer neben seinem Rücktrittsrecht auch das Anfechtungsrecht des § 123 BGB.: durch dessen Ausübung wird der Vertrag rückwirkend vernichtet, so daß z. B. der Versicherer auch in dem eben angeführten Fall nicht leistungspflichtig ist, andererseits kein Recht auf die Prämien der laufenden Versicherungsperiode hat. Der getäuschte Versicherer kann endlich auch beim Vertrage stehen bleiben und Schadensersatz nach § 826 BGB. verlangen (insbesondere entsprechende Prämienerhöhung).

b) Hat der Versicherungsnehmer die Anzeigepflicht schuldlos verletzt (z. B. einen ihm bekannten Umstand deswegen nicht angezeigt, weil er ihn für erheblich weder hielt noch halten mußte), so hat der Versicherer weder ein Anfechtungs- noch ein Rücktrittsrecht; aber er hat ein Recht zur Änderung des Vertragsinhalts: er kann nämlich vom Beginn der laufenden Versicherungsperiode an statt der verabredeten Prämie die der höheren Gefahr angemessene Prämie fordern (bei der Lebensversicherung kann er umgekehrt Minderung der Versicherungssumme herbeiführen, § 162). Dieses Recht zur Änderung des Vertragsinhalts ist, was im Gesetze nicht klar hervortritt, Gestaltungsrecht; das Recht auf die höhere Prämie ist ein verhaltener Anspruch (im Sinne Langheinekens). Ist die Gefahr so hoch, daß der Versicherer sie nach seinen Betriebsgrundsätzen überhaupt nicht übernimmt (z. B. weil in dem gegen Feuer versicherten Hause ein explosives Gewerbe betrieben wird), so kann der Versicherer den Vertrag mit Monatsfrist kündigen. Das Kündigungsrecht und das Recht zur Vertragsänderung erlöschen, wenn sie nicht in einem Monat seit Kenntnis von der Verletzung der Anzeigepflicht ausgeübt sind (§ 41 VVG.; vgl. § 811 a HGB.).

c) Hat der Versicherungsnehmer einen erheblichen Umstand nicht angezeigt, aber ohne daß ihm eine Anzeigepflicht traf (weil ihm der Umstand nicht bekannt war), so hat der Versicherer wie im vorigen Falle das Recht zur Prämienerhöhung (§ 41 Abs. 1 Satz 2 VVG.).

3. Die sog. Anzeigepflicht ist hiernach nicht Pflicht (der Versicherer hat keinen „Anspruch" auf Anzeige), sondern Obliegenheit, Last. Das Verschulden, das bei Verletzung dieser Obliegenheit in Frage kommt (vgl. oben 2 a), ist kein Verschulden gegen den Versicherer, sondern (wie im Falle des § 254 BGB.) ein Verschulden in eigenen Angelegenheiten (im Sinne Zitelmanns). Wird der Vertrag durch Vertreter geschlossen, so muß der Versicherungsnehmer sich das Verschulden oder die Kenntnis des Vertreters als eigene anrechnen lassen; aber auch bei Schuldlosigkeit oder Unkenntnis des Vertreters schadet dem Vertretenen sein eigenes Verschulden, seine eigene Kenntnis, wenn der Vertreter Bevollmächtigter oder Vertreter ohne Vertretungsmacht war, nicht aber, wenn er gesetzlicher Vertreter war.

III. Streng genommen müßte jede Gefahrerhöhung nach Vertragsschluß den Versicherer befreien, da er nur das beim Vertragsschluß bestehende Risiko übernommen hat. Allein so weit geht das Gesetz nicht. Es gilt nur folgendes: Der Versicherungsnehmer soll eine Gefahrerhöhung weder selbst vornehmen, noch Dritten gestatten (z. B. den Blitzableiter am versicherten Hause weder beseitigen, noch die Beseitigung dem Mieter erlauben; vgl. RG. 73, 359 ff.). Bei Änderungen, die er vornimmt oder gestattet, ohne die Gefahrerhöhung zu erkennen, soll er, sobald er sie erkennt, dem Versicherer unverzüglich Anzeige machen; ebenso, wenn eine Gefahrerhöhung unabhängig von seinem Willen eintritt und er sie erfährt (z. B. Erhöhung der Feuersgefahr dadurch, daß im Nachbarhause ein explosives Gewerbe eröffnet wird). Bei Verletzung dieser Obliegenheiten hat der Versicherer ein Recht, die Versicherung zu kündigen, und zwar bei Verschulden des Versicherungsnehmers fristlos, sonst mit Monatsfrist[1]; das Kündigungsrecht erlischt mit Ablauf eines Monats und mit Wiederherstellung des alten Zustandes. Tritt nach der schuldhaften Gefahrerhöhung, aber vor Erlöschen des Kündigungsrechts der Versicherungsfall ein, so ist der Versicherer von der Leistung frei, außer wenn die Gefahrerhöhung den Versicherungsfall und die Schadenshöhe nicht beeinflußt hat. Brennt z. B. das versicherte Haus nach Beseitigung des Blitzableiters durch Brandstiftung nieder und hatte der Versicherer zur Zeit des Brandes noch nicht gekündigt, so muß er leisten; brennt es durch Blitzschlag ab, so braucht er nicht zu leisten. Jede Gefahrerhöhung muß der Versicherer dann dulden, wenn er ihr zustimmt, wenn sie unerheblich ist oder wenn sie durch das eigene Interesse des Versicherers oder durch ein Ereignis, für das er haftet, oder durch eine höhere sittliche Pflicht („Gebot der Menschlichkeit"; Beispiel: Abweichung vom gewöhnlichen Reiseweg zur Rettung von Menschenleben) veranlaßt ist (§§ 23—29 VVG.; vgl. auch für Transport- und Lebensversicherung §§ 142, 164 VVG.; Seeversicherung HGB. § 813, 814, 816).

IV. Eine dem Versicherungsnehmer ungünstigere Vereinbarung über Gefahranzeige und Gefahrerhöhung ist nichtig (zulässig nur Vereinbarung der Schriftform für die Anzeigen); § 31 VVG. Wohl aber kann der Versicherungsnehmer allerhand Obliegenheiten zur Gefahrminderung oder zur Verhütung einer Gefahrerhöhung übernehmen, z. B. das Haus nächtlich bewachen zu lassen, einen Blitzableiter anzubringen. An die Verletzung dieser Obliegenheiten wird meist die Verwirkungsklausel geknüpft (vgl. unten § 14 III). Aber diese Klausel wirkt dann nicht, wenn die Verletzung der Obliegenheit auf den Eintritt des Versicherungsfalls und den Umfang der Leistung des Versicherers ohne Einfluß war (§ 32 VVG.).

Cosack 567 ff., 604 ff.; Kohler 425 ff.; Lehmann 1049 ff.; Ehrenberg, VR. 328 ff.; Meyer, Anzeigepflicht d. Vers.Nehmers 1897; Hagen, Iherings J. 47, 193 ff.; Josef, Mitt. öff. FeuerVA. 1913, 634 ff.; Heine, LeipzZ. 1912, 304 ff. — Hecker, Z. Lehre v. d. rechtl. Natur d. VersVerträge (1894) 63 ff. — Hermann v. Otavsky, Grünhuts Z. 28, 569 ff.

§ 11. Beginn und Dauer der Versicherung. I. Die Versicherung, als das durch den Versicherungsvertrag begründete Rechtsverhältnis, ist, wie das Miets-, Gesellschafts-, Dienstverhältnis, ein auf die Dauer angelegtes Schuldverhältnis. Die Zeit

[1] § 24 Abs. 1 Satz 2 ist irreleitend gefaßt; er klingt, als habe (bei Schuldlosigkeit) der Versicherungsnehmer die Wahl, ob er die Kündigung erst nach Monatsablauf „gegen sich gelten lassen" wolle oder nicht. Die Korrektur ergibt sich aus der richtigen Fassung des § 27 Abs. 1 Satz 1.

des Vertragsschlusses ist (wie bei jenen Schuldverhältnissen) mit dem Beginn der Versicherung selbst nicht identisch.

II. Wann die Versicherung beginnt, entscheidet der Vertrag. Ist ihre Dauer nach Tagen, Wochen, Monaten, Jahren bemessen, so beginnt sie im Zweifel am Tage des Vertragsschlusses; aber nicht im Augenblick des Vertragsschlusses, sondern am Mittage des Abschlußtages (früher im Seerecht zu Mitternacht), demnach möglicherweise nach oder vor dem Abschluß (§ 7 Satz 1 VVG.; § 830 HGB.).

III. Auch sonst kann verabredet werden, daß die Versicherung

1. erst später beginnen solle, als der Vertrag geschlossen ist (z. B. erst mit Antritt der Reise; Seeversicherungsrecht vgl. §§ 823 ff. HGB.). Dann sind Ereignisse, die zwischen Vertragsschluß und Versicherungsbeginn fallen, noch kein „Versicherungsfall"; aber sie können das Entstehen des „Interesses" und damit (§ 68 VVG.) des (vollen) Versicherungsverhältnisses hindern; vgl. unten § 12 V.

2. in einem schon vor dem Vertragsschluß liegenden Zeitpunkt beginnen solle (häufig bei der Transportversicherung, wenn sie den ganzen Transport decken soll, aber erst nach Beginn des Transports abgeschlossen wird, und bei der Haftpflichtversicherung). Dann wird, wie schon im ADHGB., die Versicherung auf die vergangene Zeit zurückbezogen, so daß auch für die Vergangenheit Prämien geschuldet werden und der Versicherer für Ereignisse der Zwischenzeit (die durch den Vertragsschluß zum „Versicherungsfall" werden) einsteht. Voraussetzung für die volle Wirksamkeit einer solchen Rückwärtsversicherung ist aber die subjektive Ungewißheit der Parteien. Wissen beide Parteien, daß der Versicherungsfall schon eingetreten (das Schiff untergegangen) ist oder nicht mehr eintreten kann (das Schiff schon im Bestimmungshafen angekommen), so liegt kein Versicherungsvertrag vor (möglicherweise Schenkung). Weder Versicherungsvertrag noch Schenkung (noch Schenkungsangebot) besteht, wenn bei subjektiver Ungewißheit eines Teiles der andere Teil weiß, daß die für ihn ungünstige Möglichkeit bereits eingetreten ist (der Versicherer weiß z. B., daß das Schiff schon gesunken ist). Wenn dagegen bei Ungewißheit eines Teiles der andere weiß, daß der für ihn günstige Fall bereits eingetreten ist, so ist zwar der Versicherungsvertrag gültig, aber der wissende Teil erwirbt gegen den unwissenden keine Ansprüche aus dem Vertrage. Wußte z. B. der Versicherer bei Vertragsschluß, daß das Schiff schon wohlbehalten angekommen war, so hat er keinen Prämienanspruch; wußte der Versicherungsnehmer, daß das Schiff schon gesunken war, so hat er keinen Versicherungsanspruch, schuldet aber die Prämie bis zum Schlusse der Versicherungsperiode, in der der Versicherer den Versicherungsfall erfährt (§ 2 VVG.; vgl. § 785 HGB.).

IV. Die Dauer der Versicherung (Versicherungszeit) bestimmt sich nach den Vereinbarungen der Parteien. In der Feuer-, Vieh-, Hagel-, Haftpflichtversicherung wird sie in der Regel kalendermäßig bestimmt (auf 5—12 Jahre). Dann endet sie im Zweifel am Mittage des letzten Tages der Frist (§ 7 VVG.). Oft wird für den Fall der Nichtkündigung eine stillschweigende Verlängerung der Versicherung vereinbart; solche Abrede ist aber nie auf mehr als ein Jahr gültig (§ 8 VVG.).

V. Die Versicherungszeit zerfällt oft in mehrere Versicherungsperioden (bedeutungsvoll für den Kündigungstermin, §§ 96, 113, 114 u. a., sowie dafür, daß oft die Prämie nur für die laufende Versicherungsperiode geschuldet wird, §§ 40, 51, 68 Abs. 2, 69 Abs. 2 u. a.). Versicherungsperiode ist der Zeitabschnitt, nach dem die Prämie berechnet wird (vgl. Schweiz. VVG. 19 I 2), längstens und im Zweifel ein Jahr (§ 9).

Cosack 573 ff.; Ehrenberg, VR. 352 ff., 324 ff.; Josef, Iherings J. 57, 211 ff., Leipz. Z. 1910, 285 ff.; Weil, LeipzZ. 1909, 845 ff., Z. f. VersWiss. 10, 62 ff.; Georgii, LeipzZ. 1909, 825 ff.

§ 12. Das gefährdete Objekt (Versicherungsinteresse, Versicherungswert). Die Gefahr, gegen die man Versicherung nimmt, droht entweder einer Person (Personenversicherung) oder einem Vermögen (Sach- oder Güterversicherung); vgl. oben § 4 II.

I. Das gefährdete Vermögen kann in dreifach verschiedener Weise bedroht sein:

1. Entweder ist ein Vermögensaktivum gefährdet: das Eigentum an einer Sache, an einem Sachteil, ein beschränktes dingliches Recht (z. B. das Pfandrecht des Lagerhalters), ein bedingtes Eigentum (RG. 74, 126), eine Forderung u. a. Gefährdet kann ein gegenwärtiges oder künftiges Aktivum sein. Der Versicherungsvertrag kann das gefährdete Gut speziell bestimmen (Grundstück) oder generell. Möglich ist insbesondere die Versicherung für einen Sachinbegriff (Bibliothek, Warenlager, Hausrat); dann umfaßt sie die jeweils zu dem Inbegriff gehörigen Sachen (§§ 54, 85 VVG.). Der Versicherungsvertrag kann ferner, statt selbst die gefährdeten Güter zu bezeichnen, ihre Benennung (und die davon abhängende Prämienbemessung) der Zukunft überlassen, sog. laufende Versicherung, RG. 44, 34 (für sie gilt Vertragsfreiheit, § 187 Abs. 2 VVG.).

2. Oder: es ist eine Gewinnaussicht gefährdet; es droht ein Gewinnentgang (Seeversicherung des imaginären Gewinns; Brandchomageversicherung; vgl. §§ 779 HGB., 53 VVG.).

3. Oder: es droht eine Belastung des Vermögens mit Schulden bestimmter Art (Haftpflichtversicherung); das gefährdete Gut ist hier die Schuldenfreiheit.

In allen drei Fällen heißt das durch die Versicherung zu schützende Gut, insoweit als es von der Gefahr bedroht wird, das „versicherte Interesse" („Versicherungsinteresse")[1]: Versicherungsinteresse ist das gefährdete Vermögensaktivum, die Gewinnaussicht in ihrer Gefährdung, die gefährdete Nichtentstehung von Schulden gewisser Art. Besteht das bezeichnete Gut nicht oder besteht es, ohne der Versicherungsgefahr ausgesetzt zu sein, so fehlt es an einem Versicherungsinteresse. (Davon unten V.) Das Versicherungsinteresse wird durch Angabe der Sache (oder des sonstigen Guts), auf die sich die Versicherung bezieht, nicht immer zweifelsfrei bestimmt. Denn erstens muß ersichtlich sein, wessen Interesse versichert ist (versichert ist das Gut nur als Stück des Vermögens einer bestimmten Person, nicht ist etwa der jeweilige Sachberechtigte, z. B. der jeweilige Eigentümer, der Versicherte; scheinbare Ausnahme: Versicherung für Rechnung, wen es angeht); im Zweifel ist das Interesse des Versicherungsnehmers selbst versichert (nicht das des jetzigen Eigentümers; s. u. § 17 II). Zweitens muß, wenn bezüglich der Sache mehrere Rechte (oder Gewinnaussichten) bestehen, ersichtlich sein, welches davon das versicherte Interesse ist: nimmt z. B. ein Nießbraucher, der die Nießbrauchssache gekauft hat, Versicherung, so muß klar sein, ob der Nießbrauch oder die Forderung aus dem Kauf versichert ist. Im Zweifel ist bei Sachen das Eigentümerinteresse (des Versicherungsnehmers), bei unkörperlichen Gütern das Vollrecht versichert; hat also der Versicherungsnehmer zugleich Eigentum und ein anderes Recht (z. B. eine Grunddienstbarkeit am eigenen Grundstück oder eine auf die Sache bezügliche Forderung, wie eine Mietzinsforderung aus Vermietung des Grundstücks), so ist nur das Eigentümerinteresse versichert (§ 52). Hat umgekehrt der Versicherungsnehmer kein Eigentum an der Sache und gibt er nicht zu erkennen, welches Interesse er versichert (z. B. der vermeintliche Erbe nimmt Versicherung auf Nachlaßstücke), so fehlt es an einem eigenen Interesse (es gilt also § 68, wovon unten V). Gewinnaussichten sind im Zweifel nicht versichert (§ 53). Deshalb schließt die Feuerversicherung im Zweifel keine Chomageversicherung ein. Versicherbar sind nur wirtschaftliche Interessen, nicht Gemütsinteressen (vgl. Veröff. APV. 11, 10; dazu RG. 73, 66 ff. Dawider v. Geyer, Z. f. VersWiss. 12, 711 ff.). Versicherbar sind nur rechtlich erlaubte Interessen; daher z. B. unzulässig die Feuerversicherung unsittlicher Schriften, die Haftpflichtversicherung gegen Geldstrafen, die Versicherung gegen Entgang eines Schmuggelgewinns. Unversicherbar ist nach § 780 HGB. die Heuerforderung des Schiffers und der Schiffsmannschaft, unversicherbar jedes Interesse einer feindlichen kriegführenden Macht. Ein bei Beginn der Versicherung versicherbares Interesse kann nachträglich (z. B. durch Kriegsausbruch) unversicherbar werden; darin liegt ein Wegfall des Interesses (§ 68 Abs. 2 VVG.). Ist umgekehrt bei Beginn der Versicherung das Interesse unerlaubt, so bleibt die Versicherung unwirksam,

[1] Der Begriff des Versicherungsinteresses ist streitig. Vgl. insbes. Ehrenberg, VR. 8. Dawider neuestens (unter Vorbehalt näheren Nachweises) Kisch, Iherings J. 63, 362, der Interesse definiert als den „Vorteil, den der Nichteintritt eines bestimmten schädigenden Ereignisses für den Versicherten darstellt". In § 68 VVG dürfte das Wort Interesse jedenfalls in anderem Sinne verwendet werden.

auch wenn nachträglich (z. B. wegen Aufhörens des Krieges) das Interesse schutzfähig wird. Die Versicherung eines zunächst erlaubten, dann unerlaubten Interesses wird, wenn es wieder erlaubt wird (Kriegsende), für die Zukunft voll wirksam.

II. Der Wert des versicherten Interesses heißt (wenn er in Geld schätzbar ist, was bei der Haftpflichtversicherung nicht immer der Fall ist) Versicherungswert (§ 51 VVG., § 786 HGB.). Für seine Abschätzung gelten bei der Feuerversicherung von Gebäuden und Gebrauchsgegenständen und bei der Transportversicherung feste Regeln (§§ 86, 88, 140, 141 VVG.; §§ 795, 797, 799, 801 Abs. 2 Satz 2 HGB.). Der Versicherungswert kann zeitlich schwanken, z. B. sinken durch Abnutzung des versicherten Mobiliars, steigen durch Kurssteigerung der versicherten Wertpapiere. (Bei der Transportversicherung gilt aber der bei Versicherungsbeginn vorhandene Wert der Güter oder des Schiffs für die ganze Versicherungszeit als Versicherungswert.) Versicherungssumme heißt die verabredete Summe, bis zu der der Versicherer haftet (§ 50). Sie kann dem Versicherungswert gleich sein oder ihn übersteigen oder niedriger sein.

1. Wenn und solange die Versicherungssumme den Versicherungswert übersteigt, liegt Überversicherung vor. Sie ist im Gegensatz zu früheren Rechten (vgl. ALR. II 8 § 1984, preuß. G. v. 8. Mai 1837, dessen strafrechtliche Norm § 20 heute unanwendbar ist, RG. Strafs. 45, 118) und zu vielen ausländischen Rechten grundsätzlich gültig, und mit Recht, weil, was heute Überversicherung ist, morgen Unterversicherung werden kann und umgekehrt. Allein

a) bei erheblicher Überversicherung kann jeder Teil Herabsetzung der Versicherungssumme und entsprechende Prämienminderung herbeiführen (§ 51 Abs. 1); solche Vertragsänderung wirkt aber nur für die zukünftigen Versicherungsperioden, setzt also voraus, daß die Versicherung für eine Mehrheit von Perioden genommen ist; periodenlose Versicherungen sind nicht herabsetzbar (so insbesondere regelmäßig die Transportversicherung). Umgekehrt ist auffälligerweise die Seeversicherung, soweit sie Überversicherung ist, nichtig (§ 786 Abs. 3 HGB.; vgl. § 895). Das Recht zur Vertragsänderung ist Gestaltungsrecht, nicht (wie gemeinhin in Anlehnung an den Wortlaut angenommen wird) Anspruch auf Abschluß eines Abänderungsvertrags, so daß z. B. der Versicherungsnehmer, der die begründete Herabsetzung dem Versicherer gegenüber erklärt, für die Zukunft nicht mehr die bisherige höhere Prämie schuldet, mag auch die Einigung mit dem Versicherer noch ausstehen. Ist die Überversicherung herabgesetzt, so kann, wenn später der Versicherungswert wieder steigt, eine Wiedererhöhung von keinem Teil verlangt werden.

b) Wollte der Versicherungsnehmer aus der Überversicherung einen rechtswidrigen Vermögensvorteil ziehen (z. B. durch Verschleierung des wahren Werts), so ist der Versicherungsvertrag nicht, wie nach § 123 BGB. anzunehmen wäre, anfechtbar, sondern nach § 51 Abs. 2 geradezu „nichtig"; doch gebührt dem bei Vertragsschluß redlichen Versicherer die Prämie bis zum Schluß der Versicherungsperiode, in der er die „Nichtigkeit" erfährt, daher bei periodenlosen Versicherungen (Transportversicherung) die ganze Prämie. Dieser Prämienanspruch ist zweifellos ein Anspruch aus dem Versicherungsvertrage (z. B. im Sinne des § 12 VVG.), der also trotz des Gesetzeswortes nicht nichtig, sondern beschränkt wirksam ist.

2. Übersteigt der Versicherungswert die Versicherungssumme, so liegt Unterversicherung vor (§ 56 VVG.). Sie ist stets zulässig. Über das Maß der Ersatzpflicht des Versicherers vgl. unten § 15 IV.

III. Ein Interesse kann gegen dieselbe Gefahr bei mehreren Versicherern versichert werden, sei es von derselben, sei es von verschiedenen Personen (z. B. Versicherung des Eigentümerinteresses am Lagergut durch den Eigentümer und für seine Rechnung durch den Lagerhalter). Dann hat der Versicherungsnehmer jedem Versicherer (in dem angeführten Falle: jeder Versicherungsnehmer seinem Versicherer) unverzüglich Mitteilung von der anderen Versicherung zu machen (§ 58, ergänzend § 90 VVG; § 789 HGB.). Wenn die Versicherungssummen der mehreren Verträge zusammen den Versicherungswert übersteigen, so liegt Doppelversicherung vor, wirtschaftlich eine Abart der Überversicherung. Im früheren Rechte war sie meist, soweit sie eine Überversicherung enthielt, nichtig. Heute ist sie gültig (auffälligerweise auch in der Seeversicherung, im Gegensatz zu der hier noch immer geltenden

Nichtigkeit der Überversicherung); sie wird ähnlich der Überversicherung behandelt (§§ 59, 60 VVG.; §§ 787 f. HGB.). Insbesondere: wenn ihr die Absicht rechtswidrigen Vermögensvorteils zugrunde liegt, so hat der Versicherungsnehmer aus den in dieser Absicht geschlossenen Verträgen keine Rechte (§ 59 Abs. 3). Ferner hat der Versicherungsnehmer (nicht auch die Versicherer) das Recht zur Herabsetzung der Versicherungssummen und der Prämien. In früheren (und in ausländischen) Rechten blieb meist der erstgeschlossene Vertrag vollgültig, und nur der die Überversicherung bringende folgende Vertrag wurde unwirksam. Heute richtet sich das Herabsetzungsrecht ohne Ansehung des Vertragsalters gegen beide Versicherer anteilsmäßig. Die Anteile bestimmen sich nach dem Verhältnis der Haftsummen (nicht notwendig der Versicherungssummen: dann nämlich nicht, wenn schon einer der Versicherungsverträge allein eine Überversicherung enthält; Kisch). Der Versicherungsnehmer hat das Herabsetzungsrecht nur dann, wenn er bei Entstehung der Doppelversicherung die andere Versicherung nicht kannte (z. B. als Erbe eine schon vor Erbfall versicherte Nachlaßsache nochmals versichern ließ). Das Herabsetzungsrecht braucht nicht gegenüber beiden Versicherern und nicht gegenüber beiden gleichzeitig ausgeübt zu werden; bei Ausübung gegenüber einem wird die Doppelversicherung nur teilweise beseitigt; bei sukzessiver Ausübung wird der Berechnung das Verhältnis der nicht herabgesetzten Haftsummen zugrunde gelegt. Die Herabsetzung wirkt nicht, wie bei der Überversicherung, für die künftigen Versicherungsperioden, sondern vom Beginn der Versicherungsperiode an, in der sie verlangt wird (daher bei periodenloser Versicherung, z. B. Transportversicherung, von Anfang an; so ausdrücklich für die Seeversicherung, § 788 Abs. 2). Eine innerlich ungerechtfertigte Ausnahme (Kisch) enthält § 60 Abs. 2 Satz 2. Das Herabsetzungsrecht, ein Gestaltungsrecht (a. M. Kisch), muß unverzüglich nach Kenntnis ausgeübt werden, sonst erlischt es. Eine Doppelversicherung wird nicht dadurch zur Überversicherung, daß die beiden Versicherer, z. B. durch Fusion, in einer Person zusammenfallen. Über die Leistungspflichten der Doppelversicherer vgl. unten § 15 IV.

IV. Der Versicherungswert kann vertraglich auf einen bestimmten Betrag vereinbart werden (Taxe), außer bei der Feuerversicherung des entgehenden Gewinns (§§ 57, 89 VVG., § 793 HGB.). Eine taxierte (im Gegensatz zur offenen) Versicherung ist namentlich in der See-, der Transport- und der Viehversicherung häufig; ist es zweifelhaft, ob eine Betragsbenennung eine Taxe enthält, so spricht die Vermutung gegen die Annahme einer Taxe (RG. 19, 209 ff.). Die Taxe soll bei Eintritt des Versicherungsfalls die Feststellung der Höhe der Ersatzsumme erleichtern. Sie gilt stets als der Versicherungswert, den das Interesse im Augenblick des Vertragsschlusses hat; ferner aber auch als der Versicherungswert, den das Interesse beim Versicherungsfall hat; das letztere gilt kraft zwingenden Rechts nicht bei der Mobiliarfeuerversicherung und (ebenfalls kraft zwingenden Rechts; bestritten) dann nicht, wenn die Taxe den wahren Versicherungswert in diesem Zeitpunkt erheblich übersteigt (§ 57 Satz 2, 87 VVG. Etwas anders im Seeversicherungsrecht: § 793 HGB.). Die Taxe ist mit der Versicherungssumme nicht identisch (Sondersatz der Seeversicherung: § 802 HGB.). Ist die Versicherungssumme größer als die Taxsumme, so liegt Überversicherung vor, mag auch (wegen Untertaxierung) der wahre Versicherungswert die Versicherungssumme erreichen. Ist umgekehrt die Versicherungssumme der Taxsumme gleich und ist die Taxe erheblich übersetzt, so liegt bis zur Zeit des Versicherungsfalls keine Überversicherung vor; mit dem Versicherungsfall aber wird sie nach dem VVG. (anders HGB.) zur Überversicherung, da dann die Taxe, ohne erst herabgesetzt zu werden (a. M. Lehmann), ihre Kraft verliert. Über die Bedeutung der Taxe für die Berechnung der Ersatzpflicht des Versicherers vgl. unten § 15 IV.

V. Ohne Interesse keine Versicherung. Besteht das Interesse bei Beginn der Versicherung nicht, sei es, daß das Gut schon vorher untergegangen ist (Feuerversicherung mit Wirkung vom 1. April an, Brand schon im März), sei es, daß es bei Versicherungsbeginn nicht mehr gefährdet ist (Transportversicherung vom 1. April ab, Transport schon im März beendet), so ist zwar der Vertrag nicht ganz wirkungslos; aber der Versicherer kann statt der Prämie nur eine angemessene Geschäftsgebühr, im Seerecht die Ristornogebühr, fordern (die Gebührforderung ist Forderung aus dem Versicherungsvertrag; § 68 Abs. 1 VVG, § 894 HGB.). Gleichgültig ist es hierfür, ob der Versicherungsnehmer die Nichtentstehung des Interesses selbst vorsätzlich herbeigeführt, z. B. das Mobiliar vor Versicherungsbeginn selbst

verbrannt hat; denn der Versicherer übernimmt die bestehende Gefahr, hat aber kein Recht auf ihren Bestand. Gleichgültig ist, ob Vertragsschluß und Versicherungsbeginn zusammenfallen oder nicht; wenn der Versicherer beim Vertragsschluß weiß, daß das Versicherungsinteresse beim (gleichzeitigen oder späteren) Versicherungsbeginn nicht entstanden ist oder nicht entstehen wird (z. B., daß das vom Vertragsschluß an zu versichernde Schiff schon gesunken oder schon im Bestimmungshafen heil angekommen ist), so hat er, analog dem § 2 Abs. 2, keinen Anspruch auf Geschäftsgebühr. Gleichgültig ist es endlich, ob das bei Versicherungsbeginn nicht bestehende Interesse nachträglich zur Entstehung kommt oder ob sein Nichtbestand dauert; auch im ersten Fall wird das Versicherungsverhältnis nicht nachträglich wirksam (so wenn ein Nichteigentümer das Eigentümerinteresse an einem Hause von heute an gegen Feuer versichern läßt und das Eigentum nach einem Jahr erwirbt), außer wenn die Versicherung für ein künftiges Interesse genommen ist. Fällt das bei Versicherungsbeginn vorhandene Interesse nachträglich weg (z. B. der gegen Haftpflicht versicherte Rechtsanwalt gibt seinen Beruf auf), so erlischt das Versicherungsverhältnis; dem Versicherer gebührt noch die Prämie für die laufende Versicherungsperiode (§ 68 Abs. 2 VVG.).

VI. Bei der Personenversicherung ist versichertes Interesse das der Versicherungsgefahr ausgesetzte Leben oder die gefährdete körperliche Unversehrtheit des Versicherungsnehmers. Werden fremde Personen auf den Todesfall versichert, so ist das Interesse des Versicherungsnehmers am Leben des Fremden versichert; vgl. oben § 5, 1. Einen Versicherungswert gibt es hier nicht, soweit nicht die Personenversicherung auf Ersatz nur des nachweisbaren Geldschadens (Beerdigungskosten) gerichtet ist. Daher kommt hier auch eine Über- oder Doppelversicherung nicht in Frage.

Cosack 583 ff. Kohler 368 ff., 397 ff. Lehmann 1022 ff., 1037 ff. Ehrenberg, Z. f. VWiss. 6, 369 ff. Hecker, Z. Lehre v. d. rechtl. Nat. d. VVerträge (1894), 23 ff. Weygand, Grundz. d. Kundenvers. (1914) 1 ff. Kisch, Iherings J. 63, 361 ff.; Rhein. Z. 6, 369 ff., 571 ff.; Z. f. HR. 75, 221 ff.; LeipzZ. 1914, 263 ff. Schneider, Z. f. VWiss. 14, 588. Moldenhauer, LeipzZ. 1909, 42 ff. Adler, LeipzZ. 1912, 497 ff., 633. Könige, LeipzZ. 1907, 136 ff. Hagen, Z. f. VWiss. 7, 15 ff. Josef, SeuffBl. 73, 743 ff.; LeipzZ. 1908, 581 ff. Rehm, Lehmann, Z. f. VersR. 11, 465 ff., 785 ff. Veröff. d. d. Ver. f. VWiss. H. 26 (1914) (Versicherung und Krieg).

§ 13. Der Versicherungsschein. Versicherungsschein (früher allgemein, jetzt noch im Seerecht Versicherungspolice; das Wort stammt nicht von polliceri, sondern von ἀπόδειξις [noch 1466, Stat. v. Savona, apodisia], [ἀ]πόλειξις; vgl. Claußen, Neue Jahrb. f. d. klass. Altert. 15, 412) ist eine vom Versicherer unterschriebene Urkunde über den Versicherungsvertrag. Handschriftliche Unterzeichnung ist trotz § 126 BGB. nicht üblich und (abänderndes Gewohnheitsrecht) nicht nötig. Der Versicherungsschein soll den wesentlichen Inhalt des Vertrags, daher auch die allgemeinen Versicherungsbedingungen enthalten (Veröff. APV. 12, 11 ff.).

I. Der Schein kann 1. auf den Namen des Versicherungsnehmers gestellt sein. Dann ist er nicht Wertpapier: die Verfügung über das verbriefte Recht (insbesondere Ausübung und Übertragung) setzt den Papierbesitz nicht voraus. Oft wird vertraglich ausgemacht, daß der Versicherer nur gegen den Schein zu zahlen habe; aber auch dann ist die Übertragung des Rechts ohne Papierübergabe möglich. Der Zessionar wird Papiereigentümer nach § 952 BGB. durch Erwerb des verbrieften Rechts. Bei der Versicherung für fremde Rechnung ist der Papierbesitz kraft Gesetzes in beschränktem Maße Verfügungsvoraussetzung (§§ 75 Abs. 2, 76 Abs. 2). — 2. Der Schein kann an Order gestellt werden; rechtliche Bedeutung hat das nur bei der Transportversicherung: das Papier wird hier durch die Orderklausel Orderpapier im technischen Sinne (d. h. indossabel); § 363 HGB. — 3. Wird der Schein auf den Inhaber gestellt (häufig bei der Lebensversicherung), so wird er nicht echtes Inhaber-, sondern Legitimationspapier: der Versicherer wird durch Leistung an den Inhaber befreit, kann von ihm aber Rechtsnachweis fordern (§ 4 Abs. 1 VVG.; § 808 BGB.; RG. 66, 163). So auch die bisherige Praxis.

II. Jeder Versicherungsnehmer hat ein Recht auf einen Versicherungsschein: er braucht die erste Prämie nur gegen Aushändigung des Scheins zu zahlen (§§ 3, 35). Verzicht auf Ausstellung ist möglich (bei Schlachtviehversicherung häufig). Nach dem Gesetz wird der

Schein erst nach Abschluß des Vertrags ausgestellt, ist also nicht konstitutive Urkunde; er kann aber durch die Abrede, daß der Vertrag erst durch Einlösung der Police zustande kommen solle, konstitutiv gemacht werden.

III. Bei Abhandenkommen oder Vernichtung sind der Inhaberschein und der Transportversicherungsschein an Order amortisierbar; bei anderen Versicherungsscheinen kann der Versicherungsnehmer ohne weiteres eine Ersatzurkunde fordern. Braucht der Versicherer nur gegen Rückgabe des Scheins zu leisten, so genügt, wenn der Versicherungsnehmer zur Rückgabe außerstande zu sein behauptet, ein Mortifikationsschein (§§ 3 Abs. 2, 4 Abs. 2 VVG.; § 365 Abs. 2 HGB.; § 808 Abs. 2 BGB.).

IV. Bisweilen wird abgemacht, daß in der Annahme des Versicherungsscheins durch den Versicherungsnehmer eine Genehmigung seines Inhaltes liege. Solche Abmachung ist gefährlich, wenn der Text des Scheins von dem Antrag abweicht. Deshalb ist sie nur wirksam, wenn dem Versicherungsnehmer Gelegenheit gegeben wird, den Schein zu studieren; die Widerspruchsfrist, die ihm vertraglich eingeräumt sein muß, beträgt einen Monat (bei der Hagelversicherung eine Woche), §§ 5, 109 VVG. Die Versäumung der Frist kann wegen Irrtums ebenso angefochten werden wie eine Genehmigung (dies ist der Sinn von § 5 Satz 2, der dem § 1956 BGB. konstruktiv entspricht): Die Anfechtbarkeit setzt nicht voraus, daß der Versicherungsnehmer die Frist in Kenntnis seines Widerspruchsrechts versäumt habe (das Gegenteil nimmt für § 1956 BGB. RG. 58, 81 an).

Cosack 563 ff.; Kohler 421 f.; Lehmann 1035; Bendix, Z. f. VWiss. 3, 248 ff.; v. Oertzen, ebenda 11, 822 ff.; Kirchmann, LeipzZ. 1913, 188 ff., 271 ff., 367 ff.

§ 14. Die Pflichten des Versicherungsnehmers. I. Der Versicherungsnehmer ist verpflichtet, die vereinbarten Prämien (bei der Gegenseitigkeitsversicherung: Beiträge, vgl. oben § 7 IV) zu zahlen. Die Prämie kann eine einmalige (sog. Mise) oder eine laufende sein; zerfällt die Versicherungszeit in Versicherungsperioden (s. oben § 11 V), so wird die Höhe der laufenden Prämie nach diesen Perioden bemessen; meist fallen die Zahlungszeiten mit den Versicherungsperioden zusammen. Die Mise und bei der laufenden Versicherung die erste Prämienrate sind sofort nach Vertragsschluß zu zahlen, Zug um Zug gegen Ausstellung des Versicherungsscheins, § 35 (sog. Einlösung der Police). Leistungsort für alle Prämien ist, abweichend von BGB. § 269, der jeweilige Wohnsitz des Versicherungsnehmers oder bei einer im Gewerbebetriebe genommenen Versicherung (für Kaufleute gelten dabei die Vermutungen des § 344 HGB.) der Ort seiner gewerblichen Niederlassung. Übermittelungsort ist, wie nach BGB. § 270, die Niederlassung des Versicherers (§ 36). Wenn (was vielfach Brauch) der Versicherer oder sein Agent die Prämie beim Versicherungsnehmer regelmäßig hat abholen lassen, so erlischt auch für die künftigen Prämien die Übermittelungspflicht, aber sie entsteht wieder durch ein Gestaltungsgeschäft, ein schriftliches (Unterschrift trotz § 126 BGB. nicht nötig) Übermittelungsverlangen des Versicherers; § 37 (Fortbildung der bisherigen Praxis). Die Folgen nichtrechtzeitiger Prämienzahlung sind verschieden, je nachdem es sich um die vor (oder bei) Versicherungsbeginn fällige Prämie handelt oder um die erst nach Versicherungsbeginn fälligen.

1. Im ersten Fall (Anfangsprämie) hat der Versicherer ein Kündigungsrecht mit Monatsfrist; Kündigungsfolge ist Aufhebung der Versicherung, außer einem Anspruch auf angemessene Geschäftsgebühr, der dem Versicherer bleibt (§ 40 Abs. 2 Satz 2); binnen des Monats kann die Kündigungsfolge durch Zahlung beseitigt werden. Tritt der Versicherungsfall vor der Zahlung ein, so ist der Versicherer frei, gleichviel ob er gekündigt hat oder nicht, gleichviel ob der Versicherungsnehmer mit der Zahlung in Verzug oder schlichter Verzögerung ist (§ 38). Eine zum Nachteil des Versicherungsnehmers abweichende Vereinbarung ist nichtig (§ 42), zulässig aber, die Zahlung der Prämie zur rechtsgeschäftlichen Bedingung des Versicherungsbeginns zu machen (RG. 80, 140 f.).

2. Im zweiten Fall (Folgeprämie) hat der Versicherer nicht sogleich ein Kündigungsrecht, sondern nur das Recht, eine mindestens zweiwöchige (bei Gebäudefeuerversicherung einmonatige) Zahlungsfrist zu setzen. Erst nach Fristablauf kann er, wofern der Versicherungsnehmer in Verzug ist, kündigen, und zwar abweichend vom ersten Fall fristlos. Trotz der Kündigung

behält er das Recht auf die Prämie der laufenden Versicherungsperiode. Tritt der Versicherungsfall vor der Fristsetzung ein, so muß der Versicherer zahlen; ebenso, wenn er nach Fristsetzung, aber vor Fristablauf, oder sogar nach Fristablauf, aber vor Verzug eintritt. Erst wenn die Frist abgelaufen und der Versicherungsnehmer in Verzug ist, ist der Versicherer frei (§§ 39, 40 Abs. 2 Satz 1, 91). Eine zum Nachteil des Versicherungsnehmers abweichende Vereinbarung ist nichtig (§ 42); insbesondere ist die früher häufige Abrede unzulässig, daß bei Rückstand mit einer Prämie die Versicherung erlösche.

II. Der Versicherungsnehmer ist ferner verpflichtet, sich einer Gefahrerhöhung zu enthalten und Gefahrerhöhungen, die zu seiner Kenntnis kommen, anzuzeigen; vgl. oben § 10 III. Er hat bei Eintritt des Versicherungsfalls die Rettungspflicht, d. h. er hat den Schaden nach Möglichkeit abzuwenden oder zu mindern; insoweit handelt er als Geschäftsführer des Versicherers; er hat die Weisungen des Versicherers tunlichst einzuholen, erteilte Weisungen zu befolgen; bei entgegenstehenden Weisungen mehrerer Versicherer hat er nach eigenem pflichtmäßigen Ermessen zu handeln, ebenso bei Unterversicherung, da diese in der nicht gedeckten Quote eine Selbstversicherung enthält (§ 62 VVG.; § 819 HGB.; Viehversicherung §§ 120, 122; Unfallversicherung § 183). Ist der Versicherungsfall eingetreten, so trifft den Versicherungsnehmer die Anzeigepflicht und die Auskunftspflicht. Die Anzeige liegt ihm unverzüglich nach Kenntnis ob, § 33 Abs. 1 (bei Feuer-, Hagel-, Haftpflichtversicherung genügt Absendung der Anzeige binnen 2, bzw. 4 oder 7 Tagen, bei der Lebensversicherung auf den Todesfall binnen 3 Tagen, bei einer anderen Lebensversicherung entfällt die Anzeigepflicht überhaupt, §§ 92, 110, 153, 171; bei Vieh-, Transport- und Seeversicherung ist auch von gewissen Unfällen Anzeige zu machen, die keinen Versicherungsfall darstellen, §§ 121, 146 VVG., 818 HGB.). Nach Eintritt des Versicherungsfalls hat der Versicherungsnehmer auf Verlangen jede erforderliche Auskunft zu erteilen und Belege soweit zu beschaffen, als es ihm billigerweise zugemutet werden kann (nicht also: verbrannte Geschäftsbücher), § 34 VVG., §§ 884, 885 HGB. Die Rettungs-, die Anzeige-, die Auskunftspflicht begründen zwar keine klagbaren Ansprüche des Versicherers auf Erfüllung, aber solche auf Schadensersatz bei schuldhafter Nichterfüllung („mittelbare Pflichten"). Dem eigenen Verschulden steht nach § 278 BGB. (der unmittelbar anwendbar ist) das Verschulden gesetzlicher Vertreter und solcher Dritten gleich, deren sich der Versicherungsnehmer zur Erfüllung seiner Pflicht bedient (bestr.). Diese gesetzlichen Pflichten können rechtsgeschäftlich nur in beschränktem Maße geändert werden; vgl. §§ 33 Abs. 2, 34 Abs. 2 Satz 2, 92 Abs. 2, 110 Abs. 2 u. a.

III. Oft wird im Versicherungsvertrage bestimmt, daß bei Verletzung einer (gesetzlichen oder vertraglichen) Obliegenheit des Versicherungsnehmers der Versicherer zum Rücktritt befugt oder von der Leistungspflicht frei sein soll (Verwirkungsklausel). Solche Abmachung ist gültig; die verabredete Verwirkungsfolge tritt aber nicht bei unverschuldeter Verletzung ein (ähnlich im bisherigen Recht; RG. 62, 191); vielmehr ist Vorsatz oder Fahrlässigkeit erforderlich, wenn es sich um eine vor dem Versicherungsfall zu erfüllende Obliegenheit handelt (z. B. Anbringung eines Blitzableiters), und sogar Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit, wenn um eine nach dem Versicherungsfall zu erfüllende Obliegenheit (z. B. Anzeige vom Eintritt des Versicherungsfalls). Vertragliche Abweichungen zum Nachteil des Versicherungsnehmers sind nichtig (§ 6). Dem eigenen Verschulden des Versicherungsnehmers steht auch hier das Verschulden der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Obliegenheit bedient, gleich (analog §§ 254 Abs. 2 Satz 2, 351 Satz 2 BGB.); a. M. RG. 62, 192.

Cosack 613 ff., 624 ff.; Kohler 454 ff., 458; Lehmann 1042 ff., 1048 ff.; Ehrenberg 498 ff. — Weil, Z. f. VWiss. 11, 229 ff.; Bauchwitz, LeipzZ. 1913, 589 ff.; Josef, LeipzZ. 1907, 483 ff., Gruchots Beitr. 52, 268 ff., Jherings J. 55, 260 ff., Z. f. HR. 65, 191 ff., Z. f. VersWiss. 11, 201 ff.; J. Gierke, LeipzZ. 1909, 721 ff.; Schneider, Jherings J. 53, 15 ff., Z. f. VWiss. 9, 796 ff., LeipzZ. 1909, 902, 1910, 97 ff., 198 ff., 732 ff.; Brodmann, Jherings J. 58, 187 ff.; Fuld, Ehrenzweigs AssJ. 30, 3 ff. Siber (in Plancks Komm. z. BGB. [4] II) 27, 108, 228.

§ 15. Die Leistungspflicht des Versicherers. I. Bei Eintritt des Versicherungsfalls wird der Versicherer verpflichtet, den vereinbarten Ersatz zu leisten. Nur dann ist er bei der Güterversicherung frei, wenn der Versicherungsnehmer selbst (oder einer von mehreren

Versicherungsnehmern, SeuffA. 67, 266 ff.) den Versicherungsfall vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt hat (§ 61) (so im wesentlichen auch, was streitig war, im bisherigen Recht; Ehrenberg 421. Die Schweiz gibt bei grober Fahrlässigkeit dem Versicherer nur das Recht, seine Leistung angemessen zu kürzen; 14 II). Leichte Fahrlässigkeit (z. B. Wegwerfen eines glimmenden Streichholzes) schadet dem Versicherungsnehmer nur bei der Transport- und Seeversicherung, §§ 130, 131 VVG., 821 HGB. (doch schadet ihm bei der Schiffahrtsversicherung sog. nautisches Verschulden [dazu RG. 72, 171] nur bei böslicher Handlungsweise, da er durch die Versicherung gerade auch gegen Navigationsfehler gedeckt sein soll). Umgekehrt ist ihm bei der Haftpflichtversicherung nur vorsätzliche (und widerrechtliche) Herbeiführung der Haftungstatsache schädlich (§ 152; dazu RG. bei Gruchot 57, 1145 f.). Bei der Viehversicherung steht es der vorsätzlichen oder grobfahrlässigen Herbeiführung des Versicherungsfalls gleich, wenn der Versicherungsnehmer das Tier vorsätzlich oder grob fahrlässig schwer mißhandelt oder vernachlässigt und dadurch (was vermutet wird) den Schaden verursacht; darauf, ob er diese Wirkung erkannt hat oder hätte erkennen müssen, kommt es nicht an (§ 125). Dem eigenen Verschulden des Versicherungsnehmers steht ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters oder seiner Hilfspersonen nicht gleich[1] (RG. 83, 43; Veröff. APV. 11 Anh. 117); denn die Versicherung soll den Versicherungsnehmer „auch gegen die Bosheit oder den Leichtsinn seiner Vertreter oder Gehilfen schützen" (Cosack). Dagegen gilt das Verschulden der Organe einer versicherten juristischen Person als eigenes Verschulden der juristischen Person (RG. 66, 184). Bei der Personenversicherung zerstört die vorsätzliche Herbeiführung des Versicherungsfalls den Versicherungsanspruch nicht immer (Aussteuerversicherung); bei der Lebensversicherung auf den Todesfall und der Unfallversicherung (aber auch, wovon das Gesetz schweigt, bei der privaten Krankenversicherung) schadet die vorsätzliche, nicht die grobfahrlässige Herbeiführung des Versicherungsfalls dem Versicherungsnehmer. Genaueres darüber unten § 21 IV.

II. Ist der Versicherer ersatzpflichtig, so wird bei der Schadensversicherung zunächst der Schade ermittelt. Bei den Verhandlungen darüber kann sich der Versicherungsnehmer kraft zwingenden Rechts vertreten lassen (§ 65). Oft sind nach dem Versicherungsvertrage einzelne Anspruchsvoraussetzungen, insbesondere die Schadenshöhe, durch Sachverständige „festzustellen"; diese Feststellung, die in Wahrheit rechtsgeschäftliche Bestimmung (wie nach §§ 317, 2048 BGB.) ist, bindet die Parteien; nur wenn sie von der wirklichen Sachlage erheblich und offenbar abweicht, oder wenn die Sachverständigen die Feststellung nicht treffen können oder wollen oder sie verzögern, geschieht sie durch (Gestaltungs-)Urteil, § 64 (ähnlich wie § 319 BGB.). Vgl. für die Unfallversicherung § 184. — Während der Verhandlungen über die Schadenshöhe muß der Versicherungsnehmer jede Verdunkelung des Tatbestandes vermeiden; vgl. insbesondere für die Gebäudefeuerversicherung: § 93, für die Hagelversicherung: § 111.

III. Der Versicherer hat (bei der Güterversicherung) den Schaden, und zwar im Zweifel in Geld (§ 49, anders vielfach bei der Glasversicherung) zu ersetzen. Für die Höhe seiner Ersatzpflicht bestehen zwei Maxima: die Versicherungssumme und der durch den Versicherungsfall entstandene Schade.

1. Die Ersatzsumme ist nicht größer als die Versicherungssumme (§ 50). Hiervon gilt eine Ausnahme: der Versicherer hat Rettungsaufwendungen, die nach seinen Weisungen gemacht worden sind, gleichviel ob erfolgreich oder nicht, auch insoweit zu ersetzen, als sie zusammen mit der übrigen Entschädigung die Versicherungssumme übersteigen (§ 63 Abs. 1 Satz 2; bei Unterversicherung nur teilweise Ersatzpflicht; § 63 Abs. 2.) Bei der Transportversicherung geht die Ersatzpflicht weiter: hier sind alle Rettungsaufwendungen zu ersetzen, die der Versicherungsnehmer für geboten halten durfte, auch wenn sie nicht auf einer Weisung des Versicherers beruhen (§ 144 Abs. 1; für die Seeversicherung vgl. §§ 840, 834 Nr. 4 HGB.). Bei der Haftpflichtversicherung sind über die Versicherungssumme hinaus die

[1] Traf den Versicherungsnehmer bei Anstellung dieser Hilfspersonen eine grobe Fahrlässigkeit, so kann darin unter Umständen eine auch den Eintritt des Versicherungsfalls ergreifende grobe Fahrlässigkeit gesehen werden. Die Schweiz (14 III) gibt dem Versicherer hier ein Recht, seine Leistung zu kürzen.

Kosten eines auf Veranlassung des Versicherers geführten Prozesses (und Verzögerungszinsen) zu ersetzen (§ 150 Abs. 2). Bei der Transportversicherung kann sich der Versicherer durch Zahlung der Versicherungssumme von allen darüber hinausgehenden Verbindlichkeiten befreien, muß dies aber dem Versicherungsnehmer erklären und bleibt für die vor Zugehen der Erklärung entstandenen Rettungskosten ersatzpflichtig (§ 145; vgl. für das Seerecht: §§ 841, 842 HGB.).

2. Die Ersatzsumme ist nicht größer als der Schade, der durch den Versicherungsfall entstanden ist; § 55. (Dazu treten die Rettungsaufwendungen, und zwar nicht nur, soweit sie den Weisungen des Versicherers entsprachen, sondern darüber hinaus, soweit der Versicherungsnehmer sie für geboten halten durfte, sowie die Kosten der Schadensermittelung, die den Umständen nach geboten waren [§§ 63, 66; vgl. § 185]. Es handelt sich aber hier um Kosten und Aufwendungen, die nur, soweit sie im Rahmen der Versicherungssumme bleiben, zu ersetzen sind.) Würde mehr als der Schaden und die Kosten ersetzt werden, so würde die Versicherung zu einer Bereicherung des Versicherungsnehmers führen; deshalb ist § 55, obwohl das Gesetz schweigt, für zwingend zu halten. Es kann nicht vereinbart werden, daß bei einer Überversicherung die Versicherungssumme geleistet werden solle. Modifikationen ergeben sich aber aus der Zulässigkeit von Taxen des Versicherungswerts, sowie daraus, daß bei der Transportversicherung der bei Beginn der Versicherung bestehende Versicherungswert (auch untaxiert) dauernd maßgebend bleibt (vgl. oben § 12 II).

IV. Ist ein Totalschaden eingetreten, d. h. das versicherte Interesse ganz zerstört, so schuldet hiernach der Versicherer bei Überversicherung und Vollversicherung vollen Ersatz, bei Unterversicherung die ganze Versicherungssumme. Ist nur ein Teil des versicherten Interesses zerstört (Teilschade), so schuldet er bei Über- und Vollversicherung gleichfalls vollen Ersatz, bei Unterversicherung aber nur Ersatz im Verhältnis der Versicherungssumme zum Versicherungswert (§ 56 VVG.; §§ 792, 889 HGB.). Ist z. B. das für 8000 Mk. versicherte Mobiliar vor dem Brande 10 000 Mk. wert gewesen und sind Möbelstücke im Wert von 1000 Mk. verbrannt, so beträgt die Ersatzsumme nicht 1000, sondern 800 Mk.: die Unterversicherung ist daher stets in der durch die Versicherungssumme nicht gedeckten Quote des Versicherungswerts „Selbstversicherung".

Ist der Versicherungswert taxiert (vgl. oben § 12 IV), so ist nach § 57 zu unterscheiden: Wenn die Versicherungssumme der Taxe gleich (dies ist die Regel) oder höher als die Taxe ist, so wird der Berechnung die Taxe zugrunde gelegt; nur wenn die Taxe erheblich übersetzt ist, der wahre Versicherungswert. Ist z. B. die versicherte Herde zu 1000 Mk. versichert und ebenso hoch taxiert und stirbt die halbe Herde, so werden grundsätzlich 500 Mk. ersetzt, mag der wahre Wert der Herde vor der Viehseuche 1000 oder 1500 Mk. oder 950 Mk. gewesen sein; war aber ihr wahrer Wert 600 Mk., so werden nur 300 Mk. ersetzt. Wenn die Versicherungssumme niedriger ist als die Taxe, so haftet der Versicherer für den Schaden nur im Verhältnis der Versicherungssumme zur Taxe, selbst wenn die Taxe erheblich übersetzt ist: ist z. B. die Herde zu 1000 Mk. versichert und zu 2000 Mk. taxiert, so wird, wenn ein Schade entsteht, nur die Hälfte des Schadens ersetzt, mag auch der wahre Wert der Herde jetzt 1000 Mk. sein; denn Parteien, die die Versicherungssumme auf die Hälfte dessen ansetzen, was sie als Taxe angeben, bringen damit stillschweigend zum Ausdruck, daß der Versicherungsnehmer zur Hälfte Selbstversicherer sein solle. Für die Frage, wie hoch der Schade sei, kommt aber auch in diesem Falle die Taxe, wenn sie erheblich übersetzt ist, nicht in Betracht: ging in dem eben erwähnten Beispiele die Hälfte der auf 2000 Mk. taxierten, 1000 Mk. werten Herde zugrunde, so beträgt der Schaden 500 Mk., daher die Ersatzsumme 250 Mk.

Bei mehrfacher Versicherung desselben Interesses haften die Versicherer, wenn die Versicherungssummen zusammen den Versicherungswert nicht übersteigen, kumulativ. Übersteigen sie ihn (Doppelversicherung, vgl. oben § 12 III), so haften sie als Gesamtschuldner derart, daß jeder Versicherer für den Betrag haftet, dessen Zahlung ihm nach seinem Vertrag obliegt, der Versicherungsnehmer aber im ganzen nicht mehr als den Betrag des Schadens verlangen kann (§ 59). Ist z. B. ein Interesse im Wert von 10 000 Mk. bei A. mit 8000 und bei B. mit 8000 Mk. versichert und entsteht ein Schade von 5000 Mk., so haftet dem Versicherungsnehmer jeder der beiden Versicherer auf 4000 Mk.; doch kann er im ganzen nur

5000 Mk. verlangen. Im Innenverhältnis besteht unter den Doppelversicherern eine Ausgleichspflicht nach Maßgabe der Beträge, deren Zahlung ihnen dem Versicherungsnehmer gegenüber obliegt; ist z. B. eine Sache im Werte von 8000 Mk. bei A. für 10 000 Mk., bei B. für 5000 Mk. versichert worden und geht sie zugrunde, so fällt die Ersatzpflicht im Innenverhältnis der Versicherer dem A. zu acht Dreizehnteln, dem B. zu fünf Dreizehnteln (nicht: A. zwei Drittel, B. ein Drittel) zur Last.

V. Bei der Personenversicherung hat der Versicherer nach dem Eintritt des Versicherungsfalls die durch Vertrag vereinbarte Leistung zu entrichten (Geldkapital, Geldrente, Arzneilieferung, ärztliche Behandlung u. a.). Über-, Unter- und Doppelversicherung kommen hier nicht in Frage.

VI. Der Leistungsanspruch des Versicherungsnehmers entsteht mit dem Versicherungsfall. Er bleibt daher bestehen, auch wenn nachher ein Totalverlust eintritt, den der Versicherer nicht zu tragen hätte (die gegen Feuer versicherten Sachen werden zunächst durch Brand beschädigt, dann von einem Unbekannten gestohlen). Vgl. § 844 HGB.

Der Leistungsanspruch wird mit Eintritt des Versicherungsfalls fällig. (Für die Haftpflichtversicherung vgl. § 154 Abs. 1.) Oft wird die Fälligkeit vertraglich (z. B. auf einen Monat) hinausgeschoben, weil die Feststellung der Ersatzsumme längere Zeit braucht. Nichtig ist aber die Abmachung, daß die Fälligkeit erst mit Anerkenntnis des Anspruchs, Vergleich oder rechtskräftigem Urteil eintreten soll (§ 11 VVG.). Nach manchen Versicherungsbedingungen (insbesondere in der Feuerversicherung) und nach einigen Landesgesetzen braucht der Versicherer die Entschädigungssumme nur „zur Wiederherstellung des versicherten Gegenstandes" zu zahlen: dann wird die Forderung des Versicherungsnehmers erst fällig, wenn die rechte Verwendung des Geldes gesichert ist (§§ 97, 193). — Die Pflicht, die Ersatzsumme zu verzinsen, entsteht grundsätzlich erst mit Verzug oder, wenn die Versicherung beiderseitiges Handelsgeschäft ist, mit der Fälligkeit. Bei der Feuer- und Viehversicherung ist unabhängig davon die Entschädigungssumme nach einem Monat seit Anzeige des Versicherungsfalls mit 4% zu verzinsen (§§ 94, 124).

VII. Bei der Schadensversicherung hat der Versicherungsnehmer oft auch gegen dritte Personen Ansprüche aus den Tatsachen, die den Versicherungsfall ausmachen, z. B. gegen den Brandstifter, den Dieb. Die Ansprüche können Schadensersatzansprüche aus unerlaubter Handlung (das Schweiz. VVG. 72 berücksichtigt nur solche) oder aus Vertrag, Herausgabeansprüche aus dinglichen Rechten, Gewährleistungsansprüche aus Kauf u. a. sein. Nach BGB. § 255 hat der Versicherer, der Ersatz leistet, ein Recht auf Abtretung dieser Ansprüche. Nach VVG. § 67 (vgl. HGB. § 804) gehen die (deliktischen oder rechtsgeschäftlichen) Schadensersatzansprüche des Versicherungsnehmers ohne Abtretung auf den Versicherer über, soweit dieser jenem den Schaden ersetzt. Dabei wird vorausgesetzt, daß der Versicherer einen Ersatz leistet, den zu leisten er verpflichtet ist: ersetzt z. B. der Diebstahlsversicherer eine von X. angeblich gestohlene, in Wahrheit aber unterschlagene Sache, so erwirbt er die Ansprüche gegen X. nicht. Die Schadensersatzansprüche gehen über, mögen sie auf Geld oder auf Naturalherstellung gerichtet sein. Leistet der Versicherer nur teilweise Ersatz (sei es als Unterversicherer oder als Mitversicherer oder in teilweiser Erfüllung einer Vollversicherung), so geht der Schadensersatzanspruch gegen den Dritten auf ihn nur teilweise über (wobei der Satz „nemo subrogat contra se" außer bei der Transportversicherung [§ 148, HGB. § 804], gilt); dieser Teilübergang bereitet bei einer Geldersatzforderung keine Schwierigkeiten; bei einer Forderung auf Rückgabe einer Sache zwecks Naturalherstellung dürfte der Versicherer nur befugt sein, Auslieferung in den Mitbesitz des Versicherers und des Versicherungsnehmers (oder des Mitversicherers) zu fordern. Nur die Schadensersatzansprüche gehen über, bei der Viehversicherung auch die etwaigen Gewährleistungsansprüche (§ 118). Gewährleistungsansprüche können aber auch bei anderen Versicherungszweigen bestehen, so bei der Feuerversicherung angeblich feuersicherer Schränke, der Kraftwagen-, Maschinenversicherung (wenn hier nicht, wie häufig der Fall, die Haftung des Versicherers für solche Schäden ausgeschlossen ist, für die der Lieferant vertraglich einsteht [1]): es ist anzunehmen, daß auch diese Gewährleistungs-

[1] Vgl. z. B. die VersBeding. der Allianz § 2 (Samml. v. VersBeding. deutsch. VersAnstalten V 2 (1913) S. 166).

ansprüche auf den Versicherer übergehen. Es wäre unverständlich, wollte man nur den auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung (§ 463 BGB.) gerichteten Gewährleistungsanspruch übergehen lassen, nicht auch den Wandlungsanspruch (mitsamt dem Gestaltungsrecht zur Wandelung). Dagegen gehen die Eigentumsansprüche und das Eigentum des Versicherungsnehmers nicht kraft Gesetzes auf den Versicherer über (außer im Falle des Totalverlustes bei der Seeversicherung, § 859 Abs. 2 HGB.), insbesondere nicht bei der Binnentransportversicherung und der Einbruchsdiebstahlsversicherung. Zwar erwirbt der Diebstahlsversicherer den Anspruch gegen den Dieb aus §§ 823, 249 BGB. darauf, daß er ihm den Besitz übertrage; aber der Anspruch aus § 985 bleibt dem Versicherungsnehmer: dieser ist (bei richtiger, wenn auch bestrittener Auslegung des § 255 BGB.) verpflichtet, dem Versicherer den Eigentumsanspruch abzutreten und damit das Eigentum zu übertragen (vgl. Kipp bei Windscheid, Pand. [9] II S. 72), auch wohl, wenn der Dieb die Sache dem Versicherer schon ausgehändigt hat, ihm das Eigentum durch Übergabe kurzerhand zu übertragen. Die zurzeit geltenden Bedingungen der Einbruchsversicherer lassen meist dem Versicherungsnehmer zweckmäßig die Wahl zwischen dieser Übereignung und der Rückzahlung der Entschädigungssumme (Samml. v. VersBeding. V 2, S. 124, 131).

Ist der übergegangene Anspruch durch Bürgen, Pfänder, Hypotheken gesichert, so gehen auch diese Nebenrechte auf den Versicherer über. Wenn der Versicherungsnehmer seinen Anspruch gegen den Dritten oder ein zur Sicherung dienendes Recht aufgibt, so wird der Versicherer, wie ein Bürge (§ 776 BGB.), von seiner Ersatzpflicht soweit frei, als er sich aus dem aufgegebenen Recht hätte Ersatz schaffen können. Wenn sich der Ersatzanspruch gegen einen familienangehörigen Hausgenossen des Versicherungsnehmers richtet (weitergehend Schweiz. VVG. 72 III), so geht er auf den Versicherer nicht über, außer wenn der Angehörige den Schaden vorsätzlich verursacht hat, § 67 Abs. 2. (In diesem Fall kann er auch nicht Abtretung nach § 255 BGB. fordern.) Wäre es anders, ginge z. B. der Anspruch des versicherten Ehemanns gegen seine Frau, die fahrlässig das Feuer verursacht hat, auf den Versicherer über, so würde ihm die Feuerversicherung wegen der Wirtschaftsgemeinschaft der Familie wenig nützen. — Auf die Personenversicherung ist weder § 67 VVG. noch § 255 BGB. anwendbar: wird der auf den Todesfall Versicherte von X. getötet, so behalten seine Erben neben dem Versicherungsanspruch den Deliktsanspruch gegen X.; ebenso bei der Unfallversicherung: doch lassen sich viele Versicherer die Abtretung der Deliktsansprüche aus dem Unfall versprechen; vgl. § 18 Abs. 2 d. VersBedingungen des Tarifverbandes d. in Deutschl. arbeitenden Unfall-VersGesellschaften (Samml. v. VersBed. V 1 [1912] S. 77, vgl. S. 88, anders S. 97 [Germania], 110, 121, 124).

VIII. Nach Eintritt des Versicherungsfalls haftet der Versicherer für einen zweiten Versicherungsfall nur bis zur Höhe des Restbetrages der Versicherungssumme; so ausdrücklich für Feuer- und Viehversicherung (§§ 95, 119); es gilt aber auch bei anderen Versicherungszweigen. (Anders bei Transportversicherung § 144 Abs. 2.) Bei der Hagelversicherung gilt es nur, wenn der zweite Versicherungsfall in derselben Versicherungsperiode wie der erste eintritt (§ 112). Für die künftigen Versicherungsperioden mindern sich bei der Feuer- und der Viehversicherung die Prämien entsprechend. Bei Feuer-, Hagel- und Haftpflichtversicherung haben beide Parteien, wenn der Versicherungsfall eingetreten ist, ein Kündigungsrecht (§§ 96, 113, 158).

Cosack 578 f., 584 ff., 632. Ehrenberg, VR. 358 ff., 420 ff., 515 ff. Kohler 369, 397 ff., 414 ff. Lehmann 1037 ff., 1053 ff. — Georgii, LeipzZ. 1907, 538 ff., 777 ff., 883 ff. Bauchwitz, Z. f. VersWiss. 12, 661 ff. Josef, ebenda 13, 233 ff. Ritter, BürgA. 35, 211 ff.; Leipz.Z. 1914, 354 ff. Kisch, Recht 1913, 792. Josef, Recht 1914, 65; und die am Schluß des vorigen Paragraphen zitierten Arbeiten von Josef, Schneider, J. Gierke, Brodmann. — Hellwig, System d. ZPR. II (1912) 105. Wedemeyer, Mitt. öff. FeuerversA. 1913 Beiheft 100. — Ritter, LeipzZ. 1907, 250 ff. Hallbauer, ebenda 1910, 367 ff., 647 ff. Baer, ebenda 1910, 922 f. Josef, Ehrenzweigs AssJ. 35, 3 ff. Last, Anspruchskonkurrenz (Leonhards Studien 26) S. 31 ff. Klingmüller, Jherings J. 64, 107 ff. Elperting, Z. f. VersWiss. 13, 342 ff.

§ 16. Übergang der Rechte und Pflichten aus der Versicherung. I. Wie die Rechte und Pflichten des Versicherers auf einen anderen übergehen, bestimmt sich nach BGB.

(Abtretung der Rechte, Schuldübernahme). Über die Veräußerung des sog. Versicherungsbestandes (§ 14 VAG.) vgl. oben § 8 III 2.

II. Beim Versicherungsnehmer ist der Übergang einzelner Rechte (oder Pflichten) und der Eintritt eines anderen in das Versicherungsverhältnis zu scheiden.

1. Der Versicherungsnehmer kann seine Ansprüche gegen den Versicherer einem Dritten nach allgemeinen Vorschriften abtreten, und zwar sowohl vor Eintritt des Versicherungsfalls (als künftige Rechte) wie nachher (vgl. HGB. § 891). Der Erwerber wird dadurch weder Versicherungsnehmer noch Versicherter; er wird nicht Prämienschuldner, ihn treffen nicht die Obliegenheiten des Versicherungsnehmers, nicht sein Interesse ist das Versicherungsinteresse, gegen ihn gelten alle Einwendungen aus der Person des Abtretenden. Die Abtretbarkeit kann vertraglich ausgeschlossen oder beschränkt sein. Kraft Gesetzes ist sie beschränkt bei der Versicherung eines Interesses an unpfändbaren Sachen: hier ist die Abtretung (damit auch die Belastung, Pfändung) nur statthaft an solche Gläubiger des Versicherungsnehmers, die diesem zum Ersatze der zerstörten oder beschädigten Sachen andere Sachen geliefert haben (§ 15). Sie ist auch nur in der Höhe wirksam, in der der Lieferant eine Forderung gegen den Versicherungsnehmer hat. Geschieht die Abtretung vor der Lieferung, so wird sie durch Lieferung wirksam (ebenso, wenn sie vor dem Versicherungsfall geschieht und der Zessionar oder sein Rechtsnachfolger nach dem Versicherungsfall die Ersatzstücke auf Bestellung liefert). Der Abtretung an den Lieferanten steht die Abtretung an jemand gleich, der dem Versicherungsnehmer das Geld zur Anschaffung der Ersatzstücke dargeliehen hat, wenn das Geld dazu verwendet worden ist (a. M. Hallbauer). Eine verwandte Vorschrift gilt bei der Gebäudefeuerversicherung (§ 98): oft verpflichtet sich der Feuerversicherer, die Entschädigungssumme nur zur Wiederherstellung des Gebäudes zu zahlen; dann kann die Forderung auf jene Summe nur an solche Gläubiger des Versicherungsnehmers abgetreten werden, die Wiederherstellungsarbeiten oder -lieferungen übernommen oder Gelder dazu dargeliehen haben.

2. Ein Eintritt in das Versicherungsverhältnis findet statt durch Gesamtnachfolge (Erbgang, Gütergemeinschaft, Verstaatlichung einer versicherten Aktiengesellschaft usw.) und durch Veräußerung der Sache, auf die sich die Versicherung bezieht. Im bisherigen Recht war der Einfluß der Sachveräußerung auf das Versicherungsverhältnis zweifelhaft; das VVG. §§ 69—72 hat ihn zum Teil nach dem Vorbilde der Sätze über die Veräußerung einer vermieteten Sache geordnet. Ist das Eigentümerinteresse versichert, so ist zwar nicht das Interesse des jeweiligen Eigentümers, sondern das des Versicherungsnehmers versichert (vgl. oben § 12 I); aber wenn die Sache veräußert wird, so tritt (nach manchen: vom Gefahrübergang an [?]) der Erwerber an Stelle des Veräußerers in die während der Zeit seines Eigentums aus dem Versicherungsverhältnis sich ergebenden Rechte und Pflichten des Versicherungsnehmers ein; der Veräußerer scheidet damit aus der Versicherung aus; nicht sein Interesse, sondern das des Erwerbers ist fortab Versicherungsinteresse; nur für die Prämie der laufenden Versicherungsperiode (bei periodenloser Versicherung also für die ganze Prämie) haften Veräußerer und Erwerber als Gesamtschuldner. Der Übergang des Versicherungsverhältnisses tritt unabhängig davon ein, ob die Parteien ihn gewollt haben oder nicht, ja sogar wenn sie von der Versicherung keine Kenntnis hatten. Gleichgültig ist, ob die Veräußerung (bei Mobilien) durch Übergabe oder einen Übergabeersatz, z. B. Besitzkonstitut, geschehen ist (bestr.); auch eine Sicherungsübereignung genügt (bestr.; vgl. RG. 73, 141). War der Veräußerer selbst nicht Eigentümer und hat der Erwerber das Eigentum auf Grund guten Glaubens (§§ 892, 932 BGB.) erworben, so ist, was zweifelhaft sein kann, aus der beim Veräußerer wegen § 68 VVG. unwirksamen Versicherung (vgl. oben § 12 V) durch den gutgläubigen Sacherwerb eine vollwirksame Versicherung geworden; doch haftet hier der Veräußerer neben dem Erwerber gesamtschuldnerisch für die laufende Prämie nur bis zur Höhe der etwa noch geschuldeten angemessenen Geschäftsgebühr des § 68 Abs. 1. Sind Veräußerer und Erwerber Gesamtschuldner der laufenden Prämie, so richtet sich der Ausgleichsanspruch, der unter ihnen besteht, nach dem analog anzuwendenden § 103 BGB. Der Übergang der Versicherung kann sowohl dem Versicherer (aus Gründen in der Person des Erwerbers) als dem Erwerber selbst unwillkommen sein. Deshalb haben beide ein Kündigungsrecht; der Versicherer mit

einer einmonatigen Kündigungsfrist, der Erwerber ohne Frist. Beide Kündigungsrechte bestehen nur einen Monat, der für den Versicherer seit Kenntnis von der Veräußerung, für den Erwerber seit der Veräußerung oder der Kenntnis von der Versicherung läuft. Sondernormen bestehen bei der Hagel-, Vieh- und Transportversicherung (§§ 114, 128, 142, 143, HGB. §§ 899, 900); insbesondere hat bei der Transportversicherung von Gütern der Versicherer kein Kündigungsrecht, weil die Person des Eigentümers hier für ihn regelmäßig ohne Interesse ist und er mit der Veräußerung während des Transports rechnen muß. Wird gekündigt, so erlischt das Versicherungsverhältnis; aber der Veräußerer (nicht der Erwerber) schuldet dem Versicherer noch die Prämie der laufenden Versicherungsperiode. Die Veräußerung ist dem Versicherer unverzüglich anzuzeigen, damit er sein Kündigungsrecht erfahre; die Anzeige liegt dem Veräußerer und dem Erwerber als Gesamtschuldnern (genauer: Gesamtbelasteten) ob. Erfüllt keiner die Obliegenheit, erfährt auch der Versicherer die Veräußerung nicht anderweit und tritt später als nach einem Monat der Versicherungsfall ein, so ist der Versicherer frei: denn hätte er die Veräußerung rechtzeitig erfahren, so hätte er so zeitig kündigen können, daß der Versicherungsfall nicht mehr in die Zeit der Versicherung gefallen wäre. (Darauf, ob er wirklich gekündigt hätte, kommt es nicht an.) Das Kündigungsrecht des Versicherers setzt eine gültige Veräußerung voraus. Zeigt aber der Versicherungsnehmer dem Versicherer an, daß er die Sache veräußert habe, so muß er dies gegen sich gelten lassen, selbst wenn die Veräußerung nicht erfolgt oder nicht wirksam war; ebenso wenn er über die Veräußerung eine Urkunde ausgestellt hat und der Erwerber dem Versicherer diese Urkunde vorlegt (Analogie zu § 409 BGB.). Veräußert der Erwerber die Sache an einen Dritten weiter oder wieder an den Veräußerer zurück, so gelten die gleichen Grundsätze wie bei der ersten Veräußerung. Aber wollte der Versicherungsnehmer sich den Weg einer Veräußerung und eines Rückerwerbs zunutze machen, um das Versicherungsverhältnis zur vorzeitigen Kündigung zu bringen (darauf weist Kisch hin), so würde er nach den Grundsätzen von Treu und Glauben solche Kündigung nicht zu seinen Gunsten anführen können. Die Sätze über die Wirkung einer Veräußerung der versicherten Sache sind in der Weise zwingend, daß Abweichungen zum Nachteil des Erwerbers nichtig sind. Nur kann für die Kündigung und die Veräußerungsanzeige die Schriftform verabredet werden. Über die Zweige, in denen volle Vertragsfreiheit herrscht, vgl. oben § 9 VI.

Enthält die Sachveräußerung zugleich eine Gefahrerhöhung (z. B. weil der Erwerber der versicherten Fahrnis feuergefährliche Räume hat), so gelten die Grundsätze über Gefahrerhöhung; vgl. oben § 10 III.

Die §§ 69—72 gelten nur für rechtsgeschäftliche Veräußerungen und für Zwangsversteigerungen (§ 73) von Sachen. Dem unmittelbar auf Eigentumsübertragung gerichteten Rechtsgeschäft muß aber jedes Geschäft gleichstehen, das dem Erwerber mittelbar das Eigentum an der versicherten Sache verschafft; so ausdrücklich § 115 für die Hagelversicherung. Nichts anderes gilt, wenn jemand auf Grund einer nichtigen Grundstücksübereignung gutgläubig den Besitz des Grundstücks und (§ 955 BGB.) das Eigentum an den versicherten Bodenbestandteilen erwirbt (gegen welche Gefahr auch immer die Versicherung genommen sein mag), oder wenn er die von einem Geisteskranken erworbene Sache zu Eigentum ersitzt (a. M. Kisch). Auf die Veräußerung **anderer als körperlicher Gegenstände** finden die Grundsätze der §§ 69 ff. entsprechende Anwendung, freilich nur als nachgiebiges Recht; so ausdrücklich § 151 Abs. 2 für die Haftpflichtversicherung, wenn das Unternehmen, für das die Versicherung genommen ist, veräußert oder von einem Dritten zu Nießbrauch, Pacht oder sonstiger Nutzung übernommen wird.

Cosack 626 ff., 630 ff. Ehrenberg, VR. 391 ff. Kohler 434 f. Lehmann 1021 f. — Hallbauer, Recht 1908, 686. Seuffert, LeipzZ. 1909, 102 ff. — J. Gierke, Die VersForderung bei Veräußerung d. vers. Sache 1899. Burchard, LeipzZ. 1911, 329 ff. Kisch, Recht 1913, 9 ff., 397 ff.; Mitt. öff. FeuerversAnst. 1914 Beiheft 68 ff. F. Cahn, Der Wechsel des Interessenten im Rechte d. Schadensversicherung (in Höniger-Rosin, VersWissAbh. I 1) 1914. Hallbauer, Recht 1909, 688 ff. Josef, Z. f. VersWiss. 9, 244 ff, 14, 687 ff.; LeipzZ. 1911, 373 ff.; SeuffBl. 76, 306 ff.; Recht 1913, 460 ff. Bartmann, LeipzZ. 1913, 830 ff. Hagemann, ebenda 1914, 1194. — Ehrenberg, Z. f. VWiss. 10, 192 ff. Rehm, ebenda 483 ff. Blumhardt ebenda 14, 440 ff. Herzfelder ebenda 9, 549 ff.

§ 17. **Die Versicherung für fremde Rechnung.** I. Versicherung für fremde Rechnung ist Versicherung fremder Interessen; das gefährdete Gut gehört nicht dem Versicherungsnehmer, sondern einem anderen (dem Versicherten). Sie kommt insbesondere bei der Güterversicherung vor (Lagerhalter, Spediteure, Frachtführer, Kommissionäre, Garagenbesitzer nehmen oft Versicherung auf die ihnen anvertrauten Güter für Rechnung der Eigentümer; ebenso Nießbraucher nach § 1045 BGB.; Anwälte lassen sich und ihre Angestellten gegen Haftpflicht versichern u. a.); aber sie findet sich auch in der Personenversicherung, namentlich der Unfall-, auch Krankenversicherung (z. B. der Unternehmer läßt seine Arbeiter gegen Betriebsunfälle versichern). Bei der Lebensversicherung kommt sie nicht in Frage; vgl. oben § 5, 1.

II. Die Versicherung für fremde Rechnung ist nicht Versicherung in fremdem Namen; der Versicherungsnehmer handelt nicht als Stellvertreter des Versicherten. Ist es zweifelhaft, ob die Versicherung im fremden Namen oder im eigenen Namen für fremde Rechnung genommen ist, so ist sie im eigenen Namen genommen (§ 74 Abs. 2; § 781 HGB., entsprechend der Regel des § 164 Abs. 2 BGB). Ist es zweifelhaft, ob eine im eigenen Namen genommene Versicherung für eigene oder für fremde Rechnung gehe, so geht sie für eigene Rechnung: so wenn ein Miteigentümer Versicherung nimmt, wobei im Zweifel nur seine Eigentumsquote versichert ist. Soll sie für fremde Rechnung gehen, so muß das (anders als im Kommissionsgeschäft) beim Vertragsschluß hervortreten, sei es, daß der Versicherte benannt oder die Versicherung für Rechnung des jeweilig Interessierten genommen wird („Versicherung für Rechnung, wen es angeht", „Versicherung für eigene oder [und] fremde Rechnung"), § 80. Tritt die Versicherung des Interesses als eines fremden nicht hervor und hat der Versicherungsnehmer kein eigenes Interesse, so ist mangels eines versicherten Interesses (§ 68) die Versicherung hinfällig; vgl. oben § 12 V. Ausnahmen gelten für die Unfallversicherung (ist diese gegen Unfälle anderer genommen, so ist im Zweifel das fremde Interesse versichert, § 179 Abs. 2) sowie für die Feuer- und Haftpflichtversicherung (die Feuerversicherung eines Sachinbegriffs erstreckt sich ohne weiteres auf die Habe der in Hausgemeinschaft mit dem Versicherungsnehmer stehenden Familienangehörigen und Dienstpersonen; die Haftpflichtversicherung eines Betriebsunternehmers erstreckt sich ohne weiteres auf die Haftpflicht seiner Vertreter, Betriebsleiter und Aufsichtspersonen, §§ 85, 151 Abs. 1; beide Male geht die Versicherung für fremde Rechnung; entsprechende Sätze sind auch bei anderen Versicherungszweigen, z. B. der Einbruchsversicherung eines Haushaltsvorstandes anzuwenden [1]).

III. Der Versicherungsvertrag wird nur zwischen dem Versicherer und dem Versicherungsnehmer geschlossen; eine vorherige Kenntnis oder gar Zustimmung des Versicherten ist nicht nötig. Die Zustimmung ist aber (nach dem Gedanken des § 76 Abs. 3) nötig, um den Entschädigungsanspruch ins Leben zu rufen; bevor sie vorliegt, kann der Versicherungsnehmer die Entschädigungssumme nicht verlangen [2]. Doch kann die Zustimmung ausdrücklich oder stillschweigend, vorher oder nachher, auch nach Eintritt des Versicherungsfalls erteilt werden: sie liegt insbesondere darin, daß der Versicherte selbst Zahlung verlangt, die Einziehung gestattet oder den Anspruch abtritt.

Für die Wirksamkeit des Vertrags kommt es nach mehreren Richtungen auf Kenntnis oder Unkenntnis, Arglist oder Redlichkeit des Versicherungsnehmers an; so für die Anzeige von Gefahrumständen (§§ 16 ff.) oder den Eintritt des Versicherungsfalls vor Vertragsschluß (§ 2). In solchen Fällen schaden dem Vertragsbestande nicht nur die Kenntnis und Arglist des Versicherungsnehmers, sondern auch die des Versicherten, wofern der Vertrag mit seinem Wissen geschlossen war (oder doch der Versicherer dieses Wissen annehmen durfte; zu eng wohl § 79 Abs. 4) und er, der Versicherte, es versäumt hatte, den Versicherungsnehmer (oder Versicherer; zu eng § 79 Abs. 3) rechtzeitig von den Gefahrumständen oder dem Eintritt des Versicherungsfalls zu benachrichtigen. Der Versicherte steht insofern ähnlich wie ein Versicherungs-

---

[1] Vgl. § 1 VI der Beding. d. Stuttgarter Mit- u. RückversGes., Samml. v. Bedingungen deutsch. VersAnst. V 2 S. 126.

[2] Freilich ist nicht ganz klar, ob nach § 76 Abs. 3 das Fehlen dieser Zustimmung den Anspruch des Versicherungsnehmers ausschließt oder dem Versicherer nur eine Einrede verschafft. Der Text spricht für jenes; die Versicherungsbedingungen geben oft nur die Einrede (vgl. z. B. Samml. v. VersBed. V 2 S. 13, 127 u. ö.). Klarer als das deutsche VVG. ist das schweizerische, Art. 17 I.

nehmer, für den ein Vertreter den Vertrag abgeschlossen hat (§§ 2 Abs. 3, 19). Freilich besteht nach § 79 diese Gleichwertung nur, soweit es sich um das Rücktrittsrecht des Versicherers oder um seine Freiheit von der Leistungspflicht handelt. Allein gleiches gilt für das Anfechtungsrecht des Versicherers (§ 22) gemäß § 123 BGB. (dazu Planck-Flad, Komm. z. BGB. IV zu § 123).

IV. Der Versicherungsvertrag verpflichtet nur den Versicherungsnehmer, nicht den Versicherten. Nur jener ist prämienpflichtig (in der Schweiz subsidiär auch der Versicherte, Art. 18 II); aber der Versicherer kann seinen Prämienanspruch (und andere Ansprüche aus der Versicherung) gegen die Entschädigungsforderung aufrechnen, obwohl diese dem Versicherten zusteht (§ 78). In Ansehung der Pflicht, Gefahrerhöhungen zu vermeiden und anzuzeigen, ferner der Rettungspflicht, der Auskunftspflicht nach Eintritt des Versicherungsfalls, der Pflicht, den Versicherungsfall unverzüglich anzuzeigen, muß man mit Cosack den Versicherten wie einen Erfüllungsgehilfen des Versicherungsnehmers behandeln, und zwar (abweichend Cosack), auch wenn er der Versicherung nicht zugestimmt hat. Führt der Versicherte den Versicherungsfall vorsätzlich oder grobfahrlässig herbei, so ist der Versicherer gerade so frei wie bei einem Verschulden des Versicherungsnehmers.

V. Die Rechte aus dem Versicherungsvertrag stehen dem Versicherten zu (außer dem Anspruch auf Aushändigung eines Versicherungsscheins). Hierdurch unterscheidet sich die Versicherung für fremde Rechnung wesentlich von anderen Verträgen für fremde Rechnung (Kommissionsgeschäften); sie ist ein Vertrag auf Leistung an Dritte (§ 75 Abs. 1). Der Versicherte ist aber nicht immer befugt, über die ihm aus dem Vertrage erwachsenden Rechte frei zu verfügen. Vielmehr ist zu scheiden:

1. wenn kein Versicherungsschein ausgestellt ist, so kann der Versicherte nur mit Zustimmung des Versicherungsnehmers über seine Rechte verfügen und sie gerichtlich geltend machen (einklagen), § 75 Abs. 2, HGB. § 886 Abs. 2. Der Versicherungsnehmer dagegen darf über die Rechte des Versicherten ohne dessen Zustimmung verfügen und sie wohl auch (Redaktionsversehen) ohne dessen Zustimmung gerichtlich geltend machen (§ 76 Abs. 1; HGB. § 887 Abs. 1). (Verfügt der Versicherungsnehmer hiernach, so verfügt er im eigenen Namen; klagt er, so ist er, nicht der Versicherte Prozeßpartei; er hat Prozeßstandschaft.) Ausnahme: der Versicherungsnehmer kann die Zahlung der Entschädigungssumme nur verlangen, wenn der Versicherte der Versicherung (nicht der Einziehung) zugestimmt hat (§ 76 Abs. 3; vgl. oben S. 444 [2]); die „Nachweisung" der Zustimmung ist nicht materielle Rechtsvoraussetzung (§ 76 Abs. 3 enthält ein Redaktionsversehen).

2. Ist ein Versicherungsschein ausgestellt, so entscheidet sein Besitz. Regelmäßig kommt zunächst der Versicherungsnehmer in den Besitz des Scheins, da nur er ein Recht auf Ausstellung hat: dann haben beide Parteien dieselbe Stellung, wie wenn kein Schein ausgestellt wäre: der Versicherungsnehmer kann über die Rechte verfügen [1] und sie geltend machen, der Versicherte kann keines von beiden. Erlangt aber der Versicherte den Besitz daran, so kann fortab er über seine Rechte frei verfügen und sie gerichtlich geltend machen; daneben behält freilich auch der Versicherungsnehmer das Verfügungs- und Klagrecht, aber mit starken Beschränkungen: ihm fehlt das Recht, die Forderung des Versicherten einzuziehen oder zu übertragen, sicher auch (wovon das Gesetz schweigt) das Recht, sie zu belasten, aber wohl auch das Recht, die Forderung nach Eintritt des Versicherungsfalls zu erlassen, sie aufzurechnen oder durch Annahme an Zahlungsstatt zu tilgen; auch kann die Schuld des Versicherers nicht mehr durch Aufrechnung gegenüber dem Versicherungsnehmer oder durch Hinterlegung für ihn erlöschen.

VI. Die Beziehungen des Versicherungsnehmers zum Versicherten ergeben sich nicht aus dem Versicherungsverhältnisse. Jener kann die Versicherung als Beauftragter, Dienst- oder Werkverpflichteter, Geschäftsführer ohne Auftrag, Schenker, Vermächtnisbeschwerter oder kraft gesetzlicher Pflicht als Nießbraucher (§§ 1045 ff. BGB.), Ehemann, Vater u. a. genommen haben. Danach entscheidet es sich, welche Rechte der eine

---

[1] Zur Begebung einer Orderpolice genügt sein Indossament; so ausdrücklich § 891 Satz 2 HGB.; dasselbe gilt für die Binnentransportpolice.

gegen den anderen hat; so hat der beauftragte Versicherungsnehmer einen Anspruch auf Erstattung der Prämie und die Pflicht, den Versicherungsschein herauszugeben. Allein § 77 (vgl. HGB. § 888) gibt ihm wegen seiner etwaigen Forderungen stets zwei Rechte: ein auch im Konkurse des Versicherten wirksames Zurückbehaltungsrecht an dem Versicherungsschein (Redaktionsversehen: der zur Zurückbehaltung des Scheins Berechtigte wird als zur Aushändigung „nicht verpflichtet" bezeichnet!) und ein Recht, sich aus der Entschädigungsforderung oder -summe vor dem Versicherten und dessen Gläubigern zu befriedigen; eine Verbindung von Zurückbehaltungs- und Befriedigungsrecht wie beim kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht.

Cosack 566 ff., 636 ff. Kohler 441 ff. Lehmann 1027 ff. Ehrenberg, Iherings J. 30, 422 ff.; VR. 189ff. Hellwig, Verträge auf Leist. an Dritte 537 ff. Schneider, Z. f. VWiss. 5, 230 ff.; Mitt. öff. FeuerversAnst. 1913, Beiheft 162 ff. Müller-Erzbach, Grundsätze d. mittelb. Stellvertretung 1905. Lenné, D. VersichGeschäft für fremde Rechnung (Heymanns Arbeit. z. HR. Nr. 9) 1911; Z. f. VWiss. 12, 1208 ff. Fischer, Die Versich. f. fremde Rechn. 1913. Flechtheim, Moldenhauer, LeipzZ. 1911, 675 ff. Josef, Z. f. VWiss. 12, 778 ff. Kisch, Recht 1913, 319 ff.; Iherings J. 63, 397 ff. Weygand, Grundzüge d. Kundenversicherung 1914.

§ 18. **Ende der Versicherung. Verjährung.** Das Versicherungsverhältnis erlischt aus den im Versicherungsvertrag vorgesehenen Gründen (insbesondere Zeitablauf, vgl. §§ 7, 8 VVG.); ferner durch einen die Versicherung aufhebenden Vertrag; durch Fortfall des versicherten Interesses (§ 68, s. oben § 12 V); durch Rücktritt oder Kündigung eines Teils, die bald aus gewissen gesetzlichen Gründen (§§ 16, 17, 24, 38, 70, 96, 113, 158 u. a.), bald kraft Vertrags zulässig sind (dazu § 6; vgl. oben § 14 III); durch Konkurs des Versicherers (außer bei See- und Rückversicherung; die Lebens-, Kranken- und Unfallversicherungen erlöschen durch den Konkurs sofort, andere Versicherungen erst nach einem Monat, §§ 61 Abs. 2, 63 VAG., § 13 VVG.; über Seeversicherung vgl. § 898 HGB.); endlich erlöschen bei Auflösung eines Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit alle mitgliedschaftlichen Versicherungsverhältnisse, außer den Lebensversicherungen, mit dem im Beschluß bestimmten Zeitpunkt, frühestens aber nach 4 Wochen (§ 43 Abs. 4, 5 VAG.). Der Konkurs des Versicherungsnehmers bringt die Versicherung kraft zwingenden Rechts nicht zum Erlöschen; vertraglich kann aber dem Versicherer ein Kündigungsrecht mit mindestens einmonatiger Kündigungsfrist eingeräumt werden (§ 14 VVG.).

Die Beendigung einer Versicherung kann relativ unwirksam (oder beschränkt wirksam) sein; so bei der Gebäudefeuerversicherung gegenüber einem Hypothekar (§ 100 VVG.).

Die Ansprüche aus dem Versicherungsvertrage verjähren in 2, bei der Lebens- und Seeversicherung in 5 Jahren seit Jahresende (§ 12 VVG., § 905 HGB.).

Cosack 632 ff. Kohler 438 ff. Lehmann 1057 ff. — Manes, Z. f. HR. 52, 105 ff. Seuffert, LeipzZ. 1909, 97 ff. Kirchberger, Z. f. HR. 68, 147 ff.

Dritter Abschnitt.

Einzelne Versicherungszweige.

§ 19. **Feuer-, Hagel-, Vieh-, Transportversicherung.** Für mehrere Versicherungszweige stellt das VVG. Sondernormen auf (von denen die meisten im Zusammenhang mit den allgemeinen Grundsätzen des Versicherungsrechts dargestellt worden sind).

I. Die Feuerversicherung wird heute zum Teil von kleinen Gegenseitigkeitsvereinen (aus mittelalterlichen Brandgilden hervorgegangen), zum Teil von Aktiengesellschaften oder den nach ihrem Vorbilde organisierten großen Gegenseitigkeitsvereinen betrieben, die Gebäudefeuerversicherung daneben insbesondere auch von Feuerversicherungsanstalten öffentlichen Rechts (die vielfach ein Versicherungsmonopol genießen; vgl. oben § 6 III). Die Gefahr, gegen die im Zweifel die Feuerversicherung genommen wird, ist Brand, Explosion und Blitzschlag (auch kalter Schlag), außer soweit der Brand oder die Explosion durch Erdbeben oder durch Kriegsmaßregeln militärischer Befehlshaber verursacht wird. Viele Versicherer

schließen auch die Haftung für solche Brände und Explosionen, die infolge Aufruhrs oder vulkanischen Ausbruchs entstehen, oder sogar die Haftung für alle Explosionen aus; andere übernehmen die Haftung auch für Erdbeben und Kriegsbrände. Der Begriff des Brandes verlangt ein flammendes (nicht nur sengendes oder glassprengendes) Schadenfeuer (nicht Nutzfeuer), während es auf die Höhe des erlittenen Schadens nicht ankommt (Bagatellschäden ersatzfähig). Tritt der Versicherungsfall ein, so hat der Versicherer auch mittelbare Brandschäden zu ersetzen, die durch Löschen, Niederreißen, Ausräumen oder durch Abhandenkommen der versicherten Sachen entstehen (§§ 82—84 VVG.). — Dem Anreiz für den Versicherten, den Versicherungsfall (unnachweislich) herbeizuführen, suchen verschiedene Sätze entgegenzuwirken: über die Zulässigkeit und Bedeutung der Taxe (§§ 87, 89) und über die Berechnung des Versicherungswerts (§§ 86, 88). Insbesondere wird bei Gebrauchsgegenständen und Arbeitsgerät als Versicherungswert nicht der Wert angesehen, den neue Sachen von der Art der verbrannten haben, freilich auch nicht der Wert, zu dem der Versicherungsnehmer seine Sachen vor dem Brande einem Althändler hätte verkaufen können, sondern der Wert, zu dem er die Sachen, gebraucht wie sie waren, bei einem Althändler hätte erwerben können.

Auf die Stellung des Hypothekars zur Gebäudeversicherung ist im Sachenrecht einzugehen.

Kohler 475 ff. Lehmann 1060 ff. — v. Liebig, D. d. FeuerversWesen 1911. Manes, VersWes. 351 ff. Emminghaus, HWB. d. StW. IV 86 ff. Domizlaff, Feuervers. 1914; Veröff. d. V. f. VWiss. H. 13. Hagen-Manes, Komm. z. preuß. Ges. üb. d. öff. FeuerVAnst. 1910. — Das d. FeuerversWesen, Festschrift d. Ges. f. feuergeschichtl. Forsch. 1913. — J. Gierke, Z. f. HR. 71, 327 ff. Hoppe, Z. f. VWiss. 7, 535 ff., 13, 749 ff. M. Wolff, SachenR. ² 474 ff. — Bunyon, The Law of Fire Insurance, London 1906.

II. Die Hagelversicherung hat sich seit 1791 (zuerst in Braunschweig und Mecklenburg) entwickelt und ist gegenwärtig in Deutschland stärker als irgendwo sonst ausgebildet. Der Versicherer haftet hier für den Schaden, den der Hagelschlag an Bodenerzeugnissen anrichtet (§ 108 VVG.). Eine Versicherung von Fensterscheiben oder Dachschiefern gegen Hagelschlag fällt nicht unter den Begriff der Hagelversicherung; für sie haben die §§ 108—115 keine Geltung.

Rohrbeck, Organisation d. Hagelvers. 1909. Der HagelversVertrag 1909. Z. f. VWiss. 13, 438 ff. Manes, VersWes. 378 ff. Fratzscher, Landwirtschaftl. Versich. (1914) 1 ff. Emminghaus, HWB. d. StaatsWiss. V 228 ff. Hagen, Z. f. VWiss. 14, 81 ff., 204 ff.

III. Die Viehversicherung wird fast ausschließlich als Gegenseitigkeitsversicherung betrieben, und zwar überwiegend von örtlich begrenzten Versicherungsvereinen, seit 1833 auch von einigen großen Gesellschaften, daneben in einzelnen Staaten von öffentlichrechtlichen Versicherungsanstalten (Bayern, Sachsen). Sie ist Viehlebensversicherung (sei es allgemeine, sei es kurzfristige, wie die Manöver-, Weide-, Ausstellungs-, Renn-, Operations-, Impfversicherung) oder Viehkrankheits- oder Viehunfallsversicherung oder Schlachtviehversicherung. Das VVG. behandelt als Viehversicherung nur die ersten drei (§ 116). Die Schlachtviehversicherung (gegen die Gefahr amtlicher Beanstandung des Fleisches geschlachteter Tiere) unterliegt den allgemeinen Vorschriften der Schadensversicherung. — Versicherungsgefahr ist bei der Viehlebensversicherung der Tod des Tieres, der vom Versicherungsnehmer vorsätzlich herbeigeführte dann, wenn eine Nottötung vorliegt, zu der die Einwilligung des Versicherers nicht abgewartet werden konnte (§ 126). Stirbt ein Tier binnen 2 Wochen nach Beendigung der Versicherung, so wird der Tod zurückdatiert, wenn er die Folge eines Unfalls oder einer Krankheit ist, die in die Versicherungszeit fallen (§ 127). Tod und Krankheit sind dann nicht Versicherungsfall, wenn ein gesetzlicher Anspruch auf Entschädigung aus öffentlichen Mitteln besteht oder durch Verletzung seuchenpolizeilicher Vorschriften verwirkt ist, oder wenn sie durch Kriegsmaßregeln militärischer Befehlshaber verursacht sind (§ 117).

Kohler 485 ff. Lehmann 1062 f. Manes, VersWesen 394 ff. Emminghaus, HWB. d. StaatsWiss. VIII, 350 ff. Fratzscher, Landwirtschaftl. Versich. (1914) 81 ff.

IV. Die Transportversicherung ist See- oder Binnentransportversicherung. Über jene vgl. oben O. v. Gierke Bd. III, 132 ff. Diese ist der Seeversicherung fast durchweg nachgebildet; doch geht die Regelung nicht so ins einzelne wie bei der Seeversicherung.

Abweichungen finden sich insbesondere im Recht der Überversicherung (vgl. oben § 12 II 1 a) und in dem der Binnenversicherung unbekannten Abandonrecht (§§ 861 ff. HGB.). — Das VVG. scheidet die (Binnen-) Transportversicherung in Güter- und Schiffsversicherung. Für jene gilt volle Vertragsfreiheit, für diese nicht. Beide sind aufsichtsfrei.

Lit. bei v. O. Gierke a. a. O. Ferner: Kohler 488 ff. Lehmann 1067 ff. v. Liebig, Transportversicherung I 1914. Sieveking, Seeversicherungsrecht 1913. — Manes, VersWesen 316 ff.

§ 20. Haftpflichtversicherung. Sie hat sich als selbständiger Versicherungszweig nach französischem Muster in Deutschland seit 1871 entwickelt. Versicherungsfall ist der Eintritt eines Ereignisses, das den Versicherten einem Dritten gegenüber haftpflichtig macht; die Haftpflicht mag auf Delikt oder einer Gefährdungshaftung (Tierhalter, Eisenbahnunternehmer, Kraftwagenbesitzer) oder einem Rechtsgeschäft (RG. 75, 175) oder auf Familienrechtsverhältnissen (z. B. Vormundschaft) u. a. beruhen. Nicht erst die Geltendmachung des Anspruchs des Dritten gegen den Versicherungsnehmer ist Versicherungsfall, sondern schon die Entstehung dieses Anspruchs (bestr.): deshalb kommt es nur darauf an, daß die die Haftpflicht erzeugende Tatsache in die Versicherungszeit falle (§ 149 VVG.). Versicherungsfall ist aber daneben auch die (selbst ungerechtfertigte) Erhebung eines Haftpflichtanspruchs (§ 150 Abs. 1 Satz 2), so daß die durch Verteidigung gegen diesen Anspruch entstehenden Kosten von dem Haftpflichtversicherer zu tragen sind. Meist verspricht der Versicherer nur den Ersatz einer Quote des entstandenen Schadens (z. B. 80%), da die Selbstbeteiligung des Versicherungsnehmers für ihn ein Anreiz ist, fahrlässiges Handeln zu vermeiden. Die Haftpflichtversicherung erschwert in gewissem Umfange dem geschädigten Dritten die Rechtsverfolgung: der Schädiger, der, wäre er nicht versichert, den Anspruch anerkennen würde, wird durch den Versicherer häufig veranlaßt, es zum Prozeß kommen zu lassen oder gar den Prozeß durch die Instanzen zu verfolgen; dem beugt zum Teil § 154 Abs. 2 vor: eine Abrede, nach welcher der Versicherer von der Leistungspflicht frei wird, wenn ohne seine Einwilligung der Versicherungsnehmer den Anspruch anerkennt, ist unwirksam, wenn der Versicherungsnehmer die Anerkennung nicht ohne offenbare Unbilligkeit verweigern konnte. Andererseits sichert die Haftpflichtversicherung den dritten Geschädigten gegen eine Zahlungsunfähigkeit des Schädigers: im Konkurse des Versicherungsnehmers kann der Dritte wegen seines Anspruchs gegen den Gemeinschuldner abgesonderte Befriedigung aus der Forderung gegen den Versicherer verlangen (§ 157). Ein Vorausbefriedigungsrecht besteht aber auch (das Gesetz schweigt) außerhalb des Konkurses gegenüber Gläubigern, die den Anspruch des Versicherungsnehmers gegen den Versicherer pfänden (bestr.; besser Schweiz 60, die dem Dritten ein Pfandrecht gibt). Die Pflicht des Versicherers geht, wenn der Versicherungsnehmer den Dritten noch nicht befriedigt hat, auf Befreiung von der Ersatzpflicht (RG. 70, 257 ff; vgl. RG. 81, 250 ff.). Der Versicherungsnehmer kann daher seinen Anspruch nicht derart übertragen, daß der Versicherer verpflichtet würde, die Ersatzsumme dem Zessionar zu zahlen (bestr.). Der Versicherer ist befugt, auf Verlangen des Versicherungsnehmers sogar verpflichtet, dem Dritten unmittelbar zu leisten (§ 156).

Eine Art der Haftpflichtversicherung ist die gesetzlich nicht geregelte Rückversicherung (§ 186 VVG.). Sie ist die Versicherung, die ein Versicherer gegen die Gefahr des Eintritts seiner Leistungspflicht nimmt. Sie wird regelmäßig nicht für ein einzelnes Risiko, sondern für alle Versicherungsfälle des Betriebs genommen, entweder als Quotenversicherung (selten), derart, daß der Rückversicherungsnehmer eine Quote des gesamten Risikos behält und nur für die anderen Quoten Versicherung nimmt, oder als Exzedentenversicherung: hier behält der Rückversicherungsnehmer das Risiko bis zu einem bestimmten Quantum und sichert sich gegen die Gefahr, mehr als dieses Quantum zahlen zu müssen. Die Rückversicherung wird meist mit mehreren Rückversicherern geschlossen, regelmäßig derart, daß der auf sie entfallende Überschuß von jedem Rückversicherer zu einer Quote zu tragen ist. — Die Rückversicherung ist aufsichtsfrei (VAG. § 116).

Kohler 495 ff. Lehmann 1063 ff. Manes, Haftpflichtvers. 1902 und VersWesen 302 ff., 456 ff.; HWB. d. StW. V, 224 ff. Georgii, Haftpflichtvers. i. Entwurf d. VVG. 1904. J. Gierke, Z. f. HR. 60, 1 ff. Herzfelder, Haftpflichtvers. 1914. — Josef, Iherings J. 56, 159 ff. Flechtheim, LeipzZ. 1908, 801 ff.; 1910, 896 ff. Meuret,

ebenda 1908, 900 ff.; 1910, 63 ff. Seuffert, ebenda 1909, 106 f. Kirchberger, ebenda 1910, 508 ff., 577 ff.; Z. f. HR. 68, 181 ff. Francke, LeipzZ. 1910, 675 ff. Schneider, ebenda 1912, 26 ff. Blumhardt, ebenda 1913, 907 ff. Schmidtmüller, ebenda 1913, 927 ff. Jäger, Komm. z. KonkO. 12 zu § 49. — Ehrenberg, Rückversicherung 1885; Das künftige RückversRecht 1908. Cosack 644 ff. RG. 20, 42 ff.; 74, 412 ff.

§ 21. Lebensversicherung. Die moderne Lebensversicherung wurzelt zum Teil in genossenschaftlichen Sterbekassen des Mittelalters, zum Teil (so die Rentenversicherung) im städtischen Rentenkauf und der seit 1653 in Italien und Frankreich entwickelten, bald nach Holland, England und Preußen gelangten Tontine, zum Teil in englischen Vorbildern (Equitable Society 1761). Die ersten großen Lebensversicherungsanstalten entstanden in Deutschland 1828 (Gotha, Lübeck).

I. Arten der Lebensversicherung. 1. Kapital- oder Rentenversicherung, je nachdem der Versicherer ein Kapital oder eine Rente schuldet. Die (in Deutschland seltenere) Rentenversicherung wird meist derart genommen, daß der Lauf der auf Lebenszeit geschuldeten Rente sofort mit Vertragsschluß beginnt (vgl. oben S. 420[1]); möglich aber auch, daß die Rente von einem ungewissen Zeitpunkt an (z. B. der Erreichung des 60. Lebensjahrs oder dem Tode) bis zu einem gewissen Zeitpunkt (z. B. 10 Jahre lang) oder bis zu einem ungewissen Zeitpunkt läuft (z. B. bis zum Tode einer anderen Person; so wenn jemand seiner Witwe von seinem bis zu ihrem Tode eine Rente aussetzt). Die versprochenen Renten können wachsen; so bei der Tontine: hier werden die bei einer Anstalt versicherten Rentenberechtigten in Klassen, meist Altersklassen, gruppiert; vom Tode jedes Rentenberechtigten an wächst die bisher ihm geschuldete Rente den Überlebenden an (Kombination einer Versicherung auf den Erlebensfall mit der Versicherung auf fremden Tod; vgl. Veröff. APV. 2, 103).

2. Die Lebensversicherung ist a) Versicherung für den Todesfall (die häufigste Form). Sie ist in der Regel lebenslängliche Versicherung: Versicherungsfall ist hier der Tod, gleichviel, wann und wodurch er eintritt (doch wird oft Tod im Kriege ausgenommen); der Eintritt des Versicherungsfalls ist sicher. Oder sie ist kurzzeitige Lebensversicherung: Versicherungsfall ist hier Tod vor Erreichung eines gewissen Alters oder Tod in einer bestimmten Gefahr (z. B. Orientreise, Krieg); der Eintritt des Versicherungsfalls ist ungewiß. b) Oder: Versicherung auf den Erlebensfall: hier ist Versicherungsfall das Erleben eines bestimmten Ereignisses, z. B. eines bestimmten Alters (des 20. Lebensjahrs [Aussteuer-, Militärdienstversicherung, sofern die Leistung nur von der Erreichung des Heirats- oder Militäralters, nicht von der wirklichen Heirat oder Einziehung zum Militär abhängig gemacht wird], des 70. Lebensjahrs [Altersversicherung]) oder der Einziehung zum Militär, zum Geschworenendienst, der Verheiratung; das Erleben des Todes einer bestimmten Person (Überlebensversicherung). c) Mischformen: Verbreitet ist insbesondere die abgekürzte Lebensversicherung; Versicherungsfall ist hier Erreichung eines gewissen Alters oder vorheriger Tod.

3. Die Lebensversicherung ist Versicherung auf eigenes oder auf fremdes Leben. Wird die Fremdlebensversicherung auf den Tod des anderen gestellt, so schließt sie die Gefahr der Wette in sich und kann gar für verbrecherische Versicherungsnehmer ein Anreiz zur Lebensnachstellung sein (vgl. Veröff. APV. 12, 121). Deshalb verlangen manche Rechte für solche Versicherung den Nachweis eines Interesses am fremden Leben, so Italien (Art. 449 II), Rumänien (473 II), Belgien (Art. 41), Luxemburg, Niederlande, England (Ges. v. 1774) u. a. Andere Gesetze (so Ungarn Art. 499) begnügen sich mit dem Nachweise entweder jenes Interesses oder der Zustimmung des Dritten. Das VVG. § 159 erfordert stets und nur die vorherige schriftliche Zustimmung des anderen; sonst ist der Vertrag nichtig (durch Genehmigung nicht heilbar; ebenso Schweiz 74). Erleichterungen sind für die Versicherung minderjähriger Kinder durch die Eltern zugelassen, während ein französ. Ges. v. 8. 12. 1904 die Todesfallversicherung auf Kinder unter 12 Jahren überhaupt für nichtig erklärt. Der, auf dessen Leben die Versicherung gestellt ist, ist weder Versicherter noch Erfüllungsgehilfe des Versicherungsnehmers, noch wird er durch diesen vertreten; es kommt auf seine Kenntnis gefahrerheblicher Umstände nicht an; doch kann anderes vereinbart sein (§ 161).

II. Beim Abschluß des Versicherungsvertrags sind die erheblichsten Gefahrumstände das Alter und die Gesundheit der Person, auf deren Leben die Versicherung genommen wird.

Wegen unrichtiger Angaben über die Gesundheit oder Verschweigens von Krankheiten gelten die allgemeinen Grundsätze (vgl. oben § 10 II). Nur erlischt das Rücktrittsrecht des Versicherers 10 Jahre seit Vertragsschluß (sog. Unanfechtbarkeit der Police), außer bei Arglist (§ 163). Bei unrichtiger Altersangabe, die zu einer zu niedrigen Bestimmung der Prämie geführt hat [1], hat der Versicherer weder ein Rücktrittsrecht, noch ein Recht auf Prämienerhöhung; aber die Versicherungssumme mindert sich entsprechend (ohne Rechtsgeschäft), gleichviel, ob den Versicherungsnehmer ein Verschulden trifft oder nicht. Lag das wahre Alter außerhalb der durch den Geschäftsplan für Vertragsschlüsse gezogenen Grenzen, so hat der Versicherer bei Verschulden des Versicherungsnehmers ein Rücktritts-, bei Schuldlosigkeit ein Kündigungsrecht (§ 162, 41 Abs. 2). — In der Regel setzt der Vertragsschluß bei der Versicherung auf Todesfall eine ärztliche Untersuchung voraus; eine Verpflichtung, sich untersuchen zu lassen (oder bei Zuwiderhandlung eine Vertragsstrafe zu zahlen), kann aber vertraglich nicht begründet werden (§ 160; dazu Veröff. APV. 12, 122 f.). Eine Versicherung ohne ärztliche Untersuchung ist bei kleinen Versicherungssummen („Volksversicherung") seit langem üblich, findet sich aber auch bei der Versicherung großer Beträge: meist wird dann die volle Versicherungssumme nur für den Fall des Todes nach dem zweiten Versicherungsjahre versprochen. — Was als Gefahrerhöhung gelten solle, muß vertraglich bestimmt, die Erklärung des Versicherungsnehmers sogar schriftlich abgegeben sein; anderenfalls gelten Änderungen der Gefahrumstände nicht als Gefahrerhöhung. Die Rechte des Versicherers wegen einer Gefahrerhöhung erlöschen (außer bei Arglist) in 10 Jahren (§ 164).

III. Der Geschäftsplan einer Lebensversicherungsunternehmung muß die Grundsätze für die Berechnung der Prämien und Prämienreserven darstellen. Würde die Prämie dem Risiko entsprechen, das der Versicherer übernimmt, so müßte der Versicherungsnehmer, da das Risiko mit jedem Jahre wächst, eine jährlich wachsende Prämie zahlen, in Jahren jugendlicher Arbeitskraft eine geringere als in der Erwerbsunfähigkeit des Greisenalters. Statt dessen wird die Prämie für die ganze Versicherungszeit konstant bemessen: der Versicherungsnehmer zahlt in den ersten Versicherungsjahren höhere Prämien, als dem gegenwärtigen Risiko entspricht. Der Überschuß (Prämienreserve) nebst Zinsen dient dazu, das Risiko der Jahre zu tragen, in denen die Prämie das Risiko nicht erreicht. Die Prämienreserven werden alljährlich für die einzelnen Versicherungsarten getrennt berechnet und gebucht; die so berechneten Beträge werden regelmäßig mündelsicher angelegt (auch Anlegung durch „Policenbeleihung" zulässig) und die Bestände (Prämienreservefonds) gesondert von jedem anderen Vermögen verwaltet und in ein Prämienreserveregister eingetragen (§§ 11, 56—60 VAG.). Von dem Prämienreservefonds entfällt auf jede einzelne Versicherung ein bestimmter, in jedem Zeitpunkt genau berechenbarer Anteil. Auf diesen Anteil haben die Versicherungsnehmer unter Umständen ein Anrecht. Nach VAG. §§ 61, 62 können sie ihn im Konkurse des Versicherers fordern; sie haben ein (freilich nicht pfandrechtliches, bestr.) Vorzugsrecht vor anderen Konkursgläubigern bezüglich der in das Prämienreserveregister eingetragenen Gegenstände (ähnlich den Hypothekenpfandbriefgläubigern); untereinander haben sie gleichen Rang; zur Wahrung ihrer Rechte bestellt ihnen das Konkursgericht einen Pfleger. Weiter geht in Anlehnung an die Gebräuche der Versicherungsverträge das VVG. Der Versicherungsnehmer, dem es oft wegen Erwerbsverschlechterung unmöglich ist, die geschuldeten Prämien sein Leben lang zu zahlen, kann jederzeit die Versicherung zum Schluß der laufenden Versicherungsperiode kündigen (§ 165). Hat dann die Versicherung schon 3 Jahre lang bestanden und ist die Prämie für diese Zeit bezahlt, so hat (bei lebenslänglicher Kapitalversicherung auf den Todesfall) der Versicherer dem Versicherungsnehmer den Prämienreserveanteil unter angemessenem Abzug zu erstatten (sog. Rückkauf der Versicherung). Der Anspruch auf die Prämienreserve, aber, was streitig ist, auch das Kündigungsrecht, durch dessen Ausübung jener Anspruch bedingt ist, können von den Gläubigern des Versicherungsnehmers gepfändet werden. Ein Anspruch auf Erstattung der Prämienreserve besteht auch dann, wenn die Versicherung

[1] Hat sie zu einer zu hohen Bestimmung der Prämie geführt, so ist im Wege der Analogie anzunehmen, daß der Versicherungsnehmer ein Recht hat, die Prämie zu mindern. So ausdrücklich Schweiz 75 Nr. 2.

sonst durch Kündigung oder Rücktritt sei es des Versicherungsnehmers, sei es des Versicherers (z. B. wegen Verletzung der Anzeigepflicht oder Gefahrerhöhung) aufgehoben wird, sowie dann, wenn trotz Eintritts des Versicherungsfalls der Versicherer die Versicherungssumme, z. B. wegen Selbstmordes, nicht zu leisten braucht. War eine Mise entrichtet, so besteht das Recht auf die Prämienreserve, auch ohne daß die Versicherung 3 Jahre gedauert hat (§§ 173, 176, 177). Möglich ist weiter die Umwandlung einer Versicherung mit Prämienpflicht in eine prämienfreie Versicherung, wofern die Prämie 3 Jahre lang bezahlt ist: dann mindert sich die Versicherungssumme; der Prämienreserveanteil des Versicherungsnehmers wird als Mise behandelt und auf ihrer Grundlage die Versicherungssumme neu berechnet. Solche Umwandlung geschieht nicht durch Vertrag, sondern entweder durch einseitige Erklärung des Versicherungsnehmers, die dieser jederzeit für den Schluß der laufenden Versicherungsperiode abgeben kann (§ 174, Gestaltungsrecht, meist irrig als Anspruch bezeichnet), oder kraft Gesetzes, wenn der Versicherer das Versicherungsverhältnis wegen unterlassener Prämienzahlungen nach § 39 kündigt (§ 175). Abweichende Abmachungen zum Nachteil des Versicherungsnehmers sind nichtig (§ 178).

IV. Der Versicherer wird bei der Versicherung auf den Todesfall von der Leistungspflicht frei, wenn der, auf dessen Leben die Versicherung genommen ist, Selbstmord (außer bei Unzurechnungsfähigkeit) begeht oder von dem Versicherungsnehmer vorsätzlich und widerrechtlich (daher nicht in Notwehr) getötet wird; grobfahrlässige Selbsttötung, Tod im Zweikampf (mit einem Dritten), Hinrichtung genügen nicht (abweichend für Zweikampf und Hinrichtung viele Staaten: Spanien, Portugal, Belgien, Luxemburg, Italien, Rumänien, Ungarn, Argentinien u. a.); ebensowenig vorsätzliche Körperverletzung durch den Versicherungsnehmer mit tötlichem Ausgang (§§ 169, 170). Der vorsätzlichen Tötung stehen Anstiftung zur Tötung und Beihilfe gleich. Abweichende Abmachungen zum Nachteil des Versicherungsnehmers sind zum Teil nichtig, z. B. Ausschließung der Haftung bei Selbstmord in Wahnsinn; zulässig dagegen ist es, die Haftung des Versicherers auf den Selbstmordsfall zu erstrecken (meist unter der Bedingung mehrjährigen Versicherungsbestands).

V. Der Anspruch auf die Versicherungssumme steht dem Versicherungsnehmer zu, bei lebenslänglicher Versicherung auf den Todesfall fällt er daher in seinen Nachlaß. Anders wenn der Versicherungsnehmer Bezugsberechtigte bezeichnet hat, sei es im Versicherungsvertrage, sei es nachträglich durch einseitige Erklärung gegenüber dem Versicherer; der Versicherungsnehmer darf im Zweifel ohne Zustimmung des Versicherers an die Stelle eines (vertraglich oder einseitig bezeichneten) Bezugsberechtigten einen anderen setzen (§ 166). Das Recht, Bezugsberechtigte zu benennen oder ein Bezugsrecht zu widerrufen, ist unabtretbar und unpfändbar. Häufig wird eine Zahlung „an die Erben" schlechthin bedungen: dann ist es zweifelhaft, ob damit ein Bezugsrecht (und für wen) angeordnet wird, oder ob der Versicherungsanspruch in den Nachlaß fällt (RG. 32, 162 ff.; 62, 259 ff.; Behrend, LeipzZ. 1907, 872 ff.). Das VVG. nimmt im Zweifel ein Bezugsrecht an, und zwar für diejenigen (außer dem Fiskus), die zur Zeit des Todes als gesetzliche, Testaments- oder Vertragserben berufen sind (nach dem Verhältnis der Erbteile), gleichviel, ob sie die Erbschaft annehmen oder ausschlagen: wird über den Nachlaß Konkurs eröffnet, so fällt daher hier der Versicherungsanspruch nicht in die Konkursmasse (§ 167). — Die Lebensversicherung mit Bezugsberechtigten ist keine Versicherung für fremde Rechnung, der Bezugsberechtigte nicht Versicherter; aber auch sie ist ein Vertrag auf Leistung an Dritte. Der Rechtserwerb des Berechtigten tritt, bei lebenslänglicher Versicherung auf den Todesfall, mit dem Todesfall ein (§ 331; vgl. RG. 71, 325); aber auch in anderen Fällen ist regelmäßig Rechtserwerb mit dem Versicherungsfall anzunehmen. Wird das Bezugsrecht hinfällig (Tod vor Erwerb, Erwerbszurückweisung, vorsätzliche Tötung dessen, auf den die Versicherung gestellt ist, durch den Bezugsberechtigten, § 170 Abs. 2), so steht der Versicherungsanspruch dem Versicherungsnehmer zu, fällt also in seinen Nachlaß (§ 168). Anzeige- und Auskunftspflichten nach Eintritt des Versicherungsfalls liegen dem Bezugsberechtigten ob (§ 171 Abs. 2). — Das Rechtsverhältnis zwischen dem Versicherungsnehmer und dem Bezugsberechtigten ergibt sich nicht aus dem Versicherungsrecht; meist liegt eine unentgeltliche Zuwendung vor; für die Gläubigeranfechtung (in und außer dem Konkurse) ist insbesondere streitig, ob die Versicherungssumme (so Hellwig) oder die

vom Versicherungsnehmer entrichteten Prämien zurückzugewähren sind (so mit Recht RG. 51, 403; 61, 218; 66, 158 ff.; vgl. Jäger 26 zu § 32 KO.).

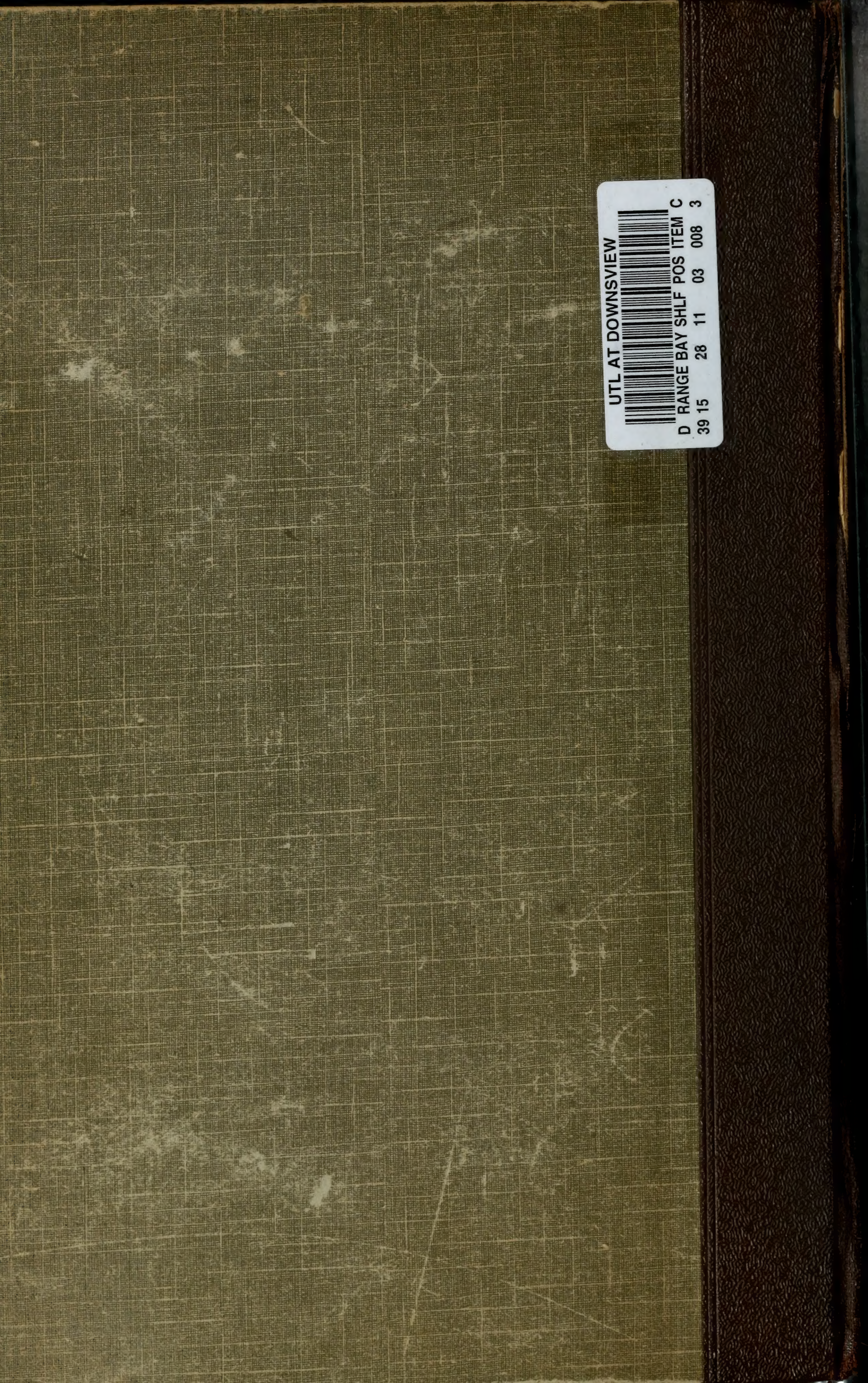
Cosack 553, 603, 639 f. Kohler 507 ff. Lehmann 1077 ff. Manes, Vers.-Wes. 223 ff. Emminghaus, HWB. d. StW. VI, 428 ff. v. Heckel, ebenda VII, 1215 ff. Hecker, Z. f. HR. 37, 369 ff. Heck, ArchBürgR. 4, 17 ff. König, Z. f. VersWiss. 6, 415 ff., 633 ff. Ehrenberg, Iherings J. 41, 341 ff.; Recht 1911, 4 ff. Emminghaus, LeipzZ. 1907, 29 ff. Behrend, ebenda 1908, 125 ff. Berliner, ebenda 1909, 115 ff. Gößmann, Z. f. VersWiss. 9, 139 ff., 331 ff. Bürkner, ebenda 11, 808 ff. Brecher, Österr. Z. f. priv. u. öff. Versich. 2, 1 ff., 609 ff. Lederle, Lebensvers. 1913.

§ 22. Die private Kranken- und Unfallversicherung. I. Die private Krankenversicherung, meist von kleinen Gegenseitigkeitsvereinen (die in den Krankenkassen mittelalterlicher Gilden wurzeln) oder von Lebensversicherungsgesellschaften betrieben, gewährt dem Versicherungsnehmer im Falle einer längeren Krankheit (bisweilen nur Infektionskrankheit oder nur Operation) Ansprüche bald auf freie ärztliche Behandlung, Arznei u. dgl., bald auf Krankengelder. Wo die Krankenversicherung nach Art der Lebensversicherung auf Grund von Wahrscheinlichkeitstafeln betrieben wird, gelten die Grundsätze der Lebensversicherung über die Berechnung der Prämien und Prämienreserven, über die Anlegung des Prämienreservefonds und über die Konkursvorrechte der Versicherten (§§ 12, 63 VAG.).

II. Dieselben Grundsätze gelten bei der privaten Unfallversicherung (vor allem in England, seit dem Haftpflichtgesetz und infolge der sich mehrenden Verkehrsgefahren auch in Deutschland stark entwickelt). Neben der Versicherung gegen Unfälle schlechthin finden sich als Sonderzweige Versicherungen gegen Reiseunfälle, Seereiseunfälle, Sportunfälle u. a., sowie die Kollektivunfallversicherung, die Arbeitgeber für ihre der öffentlichen Versicherung nicht unterworfenen Angestellten, Zeitungsbesitzer für ihre Abonnenten, Universitäten für ihre Angehörigen usw. nehmen. Solche Versicherung gilt als Versicherung für fremde Rechnung (§ 179 VVG.). Als „Unfall" gilt (wie bei der öffentlichen Unfallversicherung) nur die plötzliche, von außen her kommende schädliche Einwirkung auf den menschlichen Körper. Die Pflicht des Versicherers kann auf Leistung eines Kapitals (so bei Tod), einer Rente oder ärztlicher Behandlung, Arznei u. dgl. gerichtet sein. Bei Kapitalsversicherungen kann ein Bezugsberechtigter bestimmt sein; hierfür gilt das Recht der Lebensversicherung (§§ 180, 181 Abs. 2, 182 VVG.). Der Versicherer ist von der Leistung frei, wenn der Verunglückte vorsätzlich oder der Versicherungsnehmer vorsätzlich und widerrechtlich den Unfall herbeigeführt hat (§ 181 Abs. 1).

Kohler 535 ff. Lehmann 1086. Manes, VersWesen 279 ff., 289 ff. Hiestand, Grundzüge der privaten Unfallversicherung 1900.

Sachregister.


UTL AT DOWNSVIEW
D RANGE BAY SHLF POS ITEM C
39 15 28 11 03 008 3